



اهداءات ٢٠٠١

الدكتور / القطب محمد طبلية

القاهرة

أحكام
الذميين والمستمنين
في دار الإسلام

تأليف
الدكتور عبد الكريم زيدان
الأستاذ بجامعة بغداد - كلية الآداب

مؤسسة الرسالة

مكتبة القدس

حقوق الطبع والتأليف محفوظة للمؤلف

١٤٠٢ هـ - ١٩٨٢ م

مؤسسة الرسالة بيروت - شارع سوريا - بناية صمدي وصالحه
هاتف: ٣١٩٠٣٩ - ٢٤١٦٩٢ ص.ب: ٧٤٦٠ برقياً : بيوشران



شارع المتنبي - هاتف : ٨٠٥٧٦
مكتبة القدس : ص.ب: ١١٣٩٦ - بغداد - العراق

❦ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ
شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ ، وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ
شَنَّانُ قَوْمٍ عَلَى الْأَلْقَادِلُوا ، أَعْدِلُوا هُوَ
أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى ، وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ
خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ ❦
« قُرْآنِ كَرِيمِ »

هذا الكتاب رسالة دكتوراه تقدم بها صاحبها الى كلية الحقوق بجامعة
القاهرة سنة ١٩٦٢ وبعد مناقشتها نال صاحبها درجة دكتور في الحقوق
(في الشريعة الاسلامية) بمرتبة الشرف الاولى • وهذه طبعها الثانية دون
زيادة ولا تنقيص ولا تشذيب •

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

تقديم

— الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين ، وبعد :

فان المجتمع الاسلامي لم يخل قط من غير المسلمين في أي عصر من العصور • ولا عجب في هذا ، فان الاسلام لا يكره الناس حتى يكونوا مسلمين •• ولا يمنع المسلمين من العيش مع مخالفيهم فسي العقيدة والدين ، فهم جميعا عباد الله ، وليس من لوازم الايمان بهذا الدين القطعية مع غير المسلمين ورفض العيش المشترك معهم في ظل دولة الاسلام ••

واذا كان هذا هو الذي وقع ، وقد كان مسبوقا في علم الله أنه سيقع ، فان الشارع لم يغفل عن تنظيم علاقات غير المسلمين في دار الاسلام سواء أكانت هذه العلاقات مع المسلمين أو فيما بينهم خاصة •• وهكذا كان غير المسلمين محل نظر الشارع وهو يشرع الاحكام وينظم امور المسلمين •• وجاء الفقهاء فتناولوا هذا الموضوع ، فمنهم المقل فيه ومنهم المكثر ، وجاءت كتاباتهم منشورة في أبواب الفقه المختلفة ، ولم يؤلف واحد منهم — على ما أعلم — كتابا جامعا في هذا الباب ••• ومن أجل هذا ، رغبت في أن اجعل موضوع رسالتي في « أحكام الذميين والمستأمنين في دار الاسلام » ••

والحقيقة أن هذا الموضوع يستحق بذل الجهد المستطاع لتجليله وتبيينه للناس ، فان الشريعة الاسلامية اذا كانت بالنسبة للمسلمين دينا وقانونا ، فهي بالنسبة لغير المسلمين قانون ما داموا يعيشون في دار الاسلام •• فمن الخير لهؤلاء أن يحيطوا بهذه الاحكام فيعرفوا هذا الجانب من جوانب التشريع الاسلامي •

— ٦ —

وهذا الموضوع ، على أهميته ، واسع مترامي الاطراف • وقد أشار علي سيادة المشرف على الرسالة ، استاذنا الجليل محمد سلام مذكور ، أن أتناول جانباً منه ، الا اني كنت مدفوعاً برغبة شديدة في بحث هذا الموضوع ، وقدرت في نفسي ان ابراز صورة واضحة لمركز غير المسلم في دار الاسلام يستدعي تناول هذا الموضوع من جميع جوانبه ، ولهذا فقد رجوت سيادته أن يكون الموضوع برمته موضوعاً لرسالتني هذه ، وألححت عليه في الرجاء حتى قبل مشكوراً •

٢ - وقد التزمت في بحثي ان أكون وراء الشريعة دائماً ، استخلص أحكامها كما هي ، فلا أطوعها لما تهوي نفسي ، ولا أحملها ما لا تحتل ، ولا أقولها ما لم تقبل •• ذلك لاني أعتقد أن الكتابة في الشريعة الاسلامية دين يحاسب عليه الانسان ، وإخبار عن شرع الله لا يجوز فيه التبديل والتحريف ، فضلاً عن أن الامانة في البحث تقتضي أن يكون الباحث بمعزل عن هواه •

وقد ذكرت ، في المسائل التي بحثتها ، أقوال المجتهدين التي وقفت عليها ، لان أقوالهم - فيما عدا المستندة الى اجماع أو نصوص قطعية الثبوت والدلالة - تعتبر بحق من وجوه تفسير النصوص وفهم الشريعة واستنباط الاحكام من أدلتها ، فهي ، لهذا ، تدخل في دائرة الاجتهاد السائغ المقبول الذي يجوز الاحتجاج به ، كما يجوز فيه الترجيح عند الاختلاف • ولهذا رجحت من أقوالهم ما بدا لي أنه هو الراجح ، وما لم يظهر لي رجحانه سكت وحكيت الخلاف وذكرت الاقوال ، اذ ما ينبغي الترجيح بلا دليل أو برهان • وقد أبديت رأيي في بعض المسائل الجديدة التي لها صلة في بحثي •

هذا هو نهجي في البحث ، فان وفقت فيه الى الصواب ، فهذا ما كنت أبغي ، وهو محض فضل الله علي ، وان اخطأت فحسبي انني كنت حريصاً على أن لا أقع في الخطأ •• واني لارجو - على كل حال - أن لا يفوتني الاجر ، فقد قال نبينا الكريم صلى الله عليه وسلم : « اذا

اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران وان اجتهد فأخطأ فله أجر « (١) .
وقد رأيت من المفيد مقارنة الاحكام الفقهية ، التي استخلصتها على
الوجه المذكور ، بما هو مطبق في الوقت الحاضر في البلاد الاسلامية .
وقد اخترت لهذه المقارنة الجمهورية العربية المتحدة والجمهورية
العراقية والمملكة العربية السعودية . ووجه هذا الاختيار هو أن العربية
المتحدة والعراق تطبق فيهما القوانين الوضعية الى جانب بعض الاحكام
الشرعية ، فهما تصلحان مثلاً للبلاد الاسلامية التي تنهج هذا النهج في
تطبيق القوانين . والعربية السعودية تطبق الشريعة الاسلامية ، فهي ،
لهذا ، مثال للدول الاسلامية التي تنهج هذا النهج . وحيث ان السعودية
تطبق الشريعة وفقاً للمذهب الحنبلي ، فقد رأيت الاكتفاء ببيان رأي هذا
المذهب دون ان أذكر دائماً ، عند المقارنة ، ان هذا هو المطبق في السعودية
خوفاً من التكرار الملل ، الا اني ذكرت التقنيات الحديثة المطبقة فيها
حديثاً .

٣ — وقد جعلت أبحاث الرسالة في باب تمهيدي وقسمين وخاتمة .
أما الباب التمهيدي فقد تناولت فيه نظرة الشريعة الاسلامية الى
العالم وتقسيم البشر وديارهم على أساس العقيدة الاسلامية ، فالناس
أحد اثنين : مسلم وغير مسلم . والديار : دار اسلام ودار حرب . وغير
المسلمين أصناف شتى ، وقد يكونون في دار الاسلام على أساس عقد
الذمة أو الامان الموقت . ولهذا فقد بينت من هم الذميون ، ومن هم
المستأمنون ، وما هي شروط عقد الذمة والامان الموقت وما يتعلق
بذلك . ثم ختمت هذا الباب ببيان المركز القانوني للذميين والمستأمنين
من جهة تمتعهم بجنسية دار الاسلام أو عدم تمتعهم بها .

أما القسم الاول من الرسالة فقد جعلته للكلام عن أحكام الذميين
والمستأمنين في علاقاتهم مع الدولة الاسلامية . وقسمته الى باين :
الباب الاول للكلام عن حقوقهم وواجباتهم ، فبينت القاعدة العامة

(١) أخرجه الشيخان وابو داود : تيسير الوصول الى جامع الاصول من
حديث الرسول تأليف ابن الديبع الشيباني ج ٤ ص ٥٣ .

في تمتعهم بالحقوق والواجبات • ثم تكلمت عن انواع هذه الحقوق التي يتمتعون بها في دار الاسلام ، والواجبات التي يلتزمون بها نحو الدولة •

أما الباب الثاني فقد خصصته للكلام عن جرائمهم ، سواء أكانت ضد أمن الدولة وسلامتها أم كانت ضد الاشخاص والاموال • كما بينت عقوبات المسلمين بسبب جرائمهم ضد الذميين والمستأمنين • والقسم الثاني من الرسالة ، تكلمت فيه عن أحكامهم في علاقاتهم مع الافراد سواء أكانت علاقات أحوال شخصية أم علاقات مالية • ولما كانت هذه العلاقات ، وما ينتج عنها من حقوق والتزامات ، لا بد لها من حماية من جانب القضاء فقد تكلمت عن مدى ولاية القضاء العامة على علاقاتهم القانونية والقانون الواجب التطبيق في هذه الحالة • ولهذا فقد جعلت هذا القسم ثلاثة ابواب :

الباب الاول في مسائل أحوالهم الشخصية •

الباب الثاني في معاملاتهم المالية •

الباب الثالث في ولاية القضاء العامة على قضاياهم وما يتعلق بهذا

الموضوع •

أما الخاتمة فقد ذكرت فيها بعض مزايا الشريعة الاسلامية مع خلاصة ما مر من أبحاث وتناجج توصلت اليها أو ظهرت لي أثناء البحث • وان أنسى لا أنسى فضل سيادة المشرف على هذه الرسالة استاذنا الجليل محمد سلام مذكور فقد كان لسيادته فضل كبير في اتمامها واخراجها للناس بما بذله من وقت كثير في مراجعة فصولها ، وبما أبداه من توجيهات كريمة وملاحظات قيمة منذ اعدادي خطة البحث حتى الفراغ من كتابتها ، فجزاه الله خير جزاء •

وأخيرا فاني أرجو ان اكون بهذه الرسالة قد أسهمت مع العاملين في خدمة الشريعة الاسلامية ونشر مفاهيمها وتبيين أحكامها ، والله من وراء القصد وهو خير معين •

الباب التمهيدي

٤ - ويتكون من ثلاثة فصول :

الفصل الأول

في نظرة الشريعة الاسلامية الى العالم وتقسيمها
للشعر وديارهم على أساس العقيدة الاسلامية فقط
وما يتعلق بهذا الموضوع •

الفصل الثاني

في التعريف بالذمين والمستأمنين وما به يصير غير
المسلم ذميا أو مستأمنا وما يتعلق بهذا الموضوع •

الفصل الثالث

في بيان المركز القانوني للذمين والمستأمنين من
جهة تمتعهم بجنسية دار الاسلام أو عدم تمتعهم
بها •

الفصل الأول

نظرة الشريعة الإسلامية إلى العالم

اولا - تقسيم البشر على اساس العقيدة :

هـ - بمث الله تعالى نبيه محمدا صلى الله عليه وسلم رسولا الى جميع البشر ، قال تعالى « قل يا أيها الناس اني رسول الله اليكم جميعا »^(١) . وقال تعالى « وما أرسلناك الا كافة للناس بشيرا ونذيرا »^(٢) . فرسالته صلى الله عليه وسلم عامة الى جميع البشر مهما اختلفت أقطارهم وتناءت ديارهم^(٣) . وكما أن رسالته صلى الله عليه وسلم عامة في المكان فهي أيضا عامة في الزمان لان سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم خاتم النبيين والمرسلين قال تعالى « ما كان محمد أبدا أحد من رجالكم ولكن رسول الله وخاتم النبيين وكان الله بكل شيء عليما »^(٤) . فالشريعة الإسلامية اذن عامة في المكان والزمان .

فمن استجاب لدعوة الاسلام وآمن برسالة محمد صلى الله عليه وسلم فهو المسلم ، ومن لم يستجب لها ولم يؤمن برسالته صلى الله عليه وسلم فهو غير المسلم . وهكذا ينقسم البشر في نظر الشريعة الإسلامية الى فريقين كبيرين ، فريق المسلمين ، وفريق غير المسلمين . فالشريعة الإسلامية تقسم البشر على أساس قبولهم الاسلام أو رفضه بغض النظر عن أي اختلاف فيما بينهم من حيث الجنس أو اللون أو اللغة أو الاقليم أو أي اختلاف آخر . ودليل هذا ما جاء في القرآن الكريم في آيات

(١) سورة الاعراف ج ٩ ، الآية ١٥٨ .

(٢) سورة سبا ج ٢٢ الآية ٢٨ .

(٣) ولهذا كتب الرسول (ص) الى هرقل وكسرى والمقوقس وغيرهم من الملوك والحكام والامراء يدعوهم الى الاسلام : تاريخ التشريع الاسلامي لاستاذنا محمد سلام مذكور : ص ٢٢ .

(٤) سورة الاحزاب ج ٢٢ ، الآية ٤٠ .

- ١١ -

كثيرة، منها، قوله تعالى : « فاما الذين آمنوا وعملوا الصالحات فيدخلهم ربهم في رحمته ذلك هو الفوز المبين • وأما الذين كفروا أفلم تكن آياتي تتلى عليكم فاستكبرتم وكنتم قوما مجرمين » (١) . وقوله تعالى : « الذين كفروا وصدوا عن سبيل الله أضل أعمالهم • والذين آمنوا وعملوا الصالحات وآمنوا بما نزل على محمد وهو الحق من ربهم كفّر عنهم سيئاتهم وأصلح بالهم » (٢) .

« هو الذي خلقكم فمنكم كافر ومنكم مؤمن والله بما تعملون بصير » (٣) .

فهذه الآيات الكريمة وغيرها تنطق بكل وضوح ان الناس احد اثنين : اما مؤمن برسالة الاسلام ، وهو المسلم ، واما كافر بها ، وهو غير المسلم •

وتقسيم البشر على أساس العقيدة الاسلامية ، في نظر الشريعة الاسلامية ، ليس بالامر النظري الذي لا أثر له في الحياة ، بل انه تقسيم بالغ الاهمية تترتب عليه نتائج خطيرة في الدنيا والآخرة ، اذ على أساس هذا التقسيم يتحدد مركز الفرد في الدولة الاسلامية ، فضلا عن مركزه في الآخرة وما يترتب عليه من جزاء •

ثانيا - أصناف غير المسلمين :

٦- غير المسلمين أصناف كثيرة، وهؤلاء على اختلاف أصنافهم يجمعهم جامع عدم الدخول في الاسلام ، وان كان لكل صنف منهم اسم خاص • ونذكر فيما يلي بعض أصنافهم •

٧ - ١ - أهل الكتاب :

الكتابي عند الاحناف ، كل من اعتقد دينا سماويا وله كتاب منزل كالتوراة والانجيل وصحف ابراهيم وشيث وزبور داود ، فلا يقتصر أهل الكتاب على اليهود والنصارى فقط بل يشمل غيرهم من أصحاب

(١) سورة الجاثية ج ٢٥ ، الآيتان ٣٠ - ٣١ •

(٢) سورة محمد ج ٢٦ ، الآيتان ١ - ٢ •

(٣) سورة التغابن ، ج ٢٨ ، الآية ٢ •

الكتب السماوية المنزلة (١).

وقال غير الاحناف ، كالحنابلة والشافعية ، أهل الكتاب هم اليهود والنصارى دون غيرهم كأصحاب صحف ابراهيم وشيث وزبور داود ، لان قوله تعالى « أن تقولوا انما انزل الكتاب على طائفتين من قبلنا » (٢) يدل على ان أهل الكتاب هم اليهود والنصارى دون غيرهم ، ولان تلك الصحف كانت مواعظ وأمثالا لا أحكام فيها فلا يثبت لها حكم الكتب المشتعلة على الاحكام (٣).

والقول الثاني هو الراجح ، لان القرآن الكريم أطلق اسم « أهل الكتاب » على اليهود والنصارى دون غيرهم ، فهو خاص بهم (٤). كما ان آية « أن تقولوا انما انزل الكتاب على طائفتين من قبلنا » صريحة في ان أهل الكتاب في عرف القرآن هم اليهود والنصارى دون غيرهم ، وهذا ما صرح به الامام الجصاص الحنفي (٥).

وقد جاء ذكر اليهود والنصارى في القرآن الكريم في آيات كثيرة ، كما جاء ذكرهم باسم أهل الكتاب ، قال تعالى : « ان الذين آمنوا والذين هادوا والنصارى والصابئين من آمن بالله واليوم الآخر وعمل

(١) الدر المختار ج ٢ ص ٣٧٠ ، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ج ٢ ص ١١٠ ، الفتاوى الهندية ج ١ ص ٢٨١ . والمنزل على ابراهيم عليه السلام (١٠) صحائف . وعلى شيث (١٥٠) صحيفة : الكامل في التاريخ لابن الاثير ج ١ ص ٢٩ ، ٧٠ . أما الزبور فقد أنزله الله تعالى على داود عليه السلام وهو عبارة عن قصائد وأناشيد تتضمن تسبيح الله وحمده والثناء عليه والتضرع له : كتاب قصص الانبياء للمرحوم عبد الوهاب النجار ص ٣٠٧ وما بعدها .

(٢) سورة الانعام ج ٨ الآية ١٥٦ .

(٣) المغني لابن قدامة الحنبلي ج ٦ ص ٥٩٠ - ٥٩١ ، وج ٨ ص ٤٩٦ - ٤٩٧ ، والمهذب للشرازي ج ٢ ص ٤٧ -

(٤) تفسير المنار للمرحوم محمد رشيد رضا ج ٦ ص ١٩٠ .

(٥) أحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٣٢٧ ، وج ٣ ص ٩١ . والامام الجصاص هو أحمد بن علي ابو بكر الرازي الفقيه الحنفي المشهور ، ولد سنة ٣٠٥ هـ ، وسكن بغداد وعنه أخذ فقهاؤها واليه انتهت رئاسة الحنفية وتوفي سنة (٣٧٠) هـ : الجواهر المضية في طبقات الحنفية تأليف أبي الوفاء القرشي الحنفي المصري ج ١ ص ٨٤-٨٥ .

صالحا فلم أجرحهم عند ربهم ولا خوف عليهم ولا هم يحزنون» (١).
وقال تعالى: «قل يا أهل الكتاب تعالوا إلى كلمة سواء بيننا وبينكم أن لا نعبد إلا الله ولا نشرك به شيئا .. الخ» (٢).

٨ - ب - الصابئة :

وقد اختلف فيهم الفقهاء . فروى عن أبي حنيفة (٣) أنهم أهل كتاب . وقال أبو يوسف ومحمد (٤)، ليسوا من أهل الكتاب . وكان أبو الحسن الكرخي (٥) يقول : الصابئون الذين هم عند أبي حنيفة من أهل الكتاب إنما هم قوم ينتحلون دين المسيح ويقرأون الانجيل ، وأما الصابئون الذين يعبدون الكواكب فانهم ليسوا بأهل كتاب عندهم جميعا (٦). وروى عن أحمد بن حنبل أنهم جنس من النصارى (٧)،

(١) سورة البقرة ج ١ ، الآية ٦٢ . والمقصود بإيمان اليهود والنصارى والصابئين تصديقهم بمحمد صلى الله عليه وسلم وما جاء به . وهذا ما رجحه الامام الطبري في تفسيره ، وذكر وجه آخر في معنى إيمانهم ، هو إيمانهم بأنبياء زمانهم وشرائعهم : تفسير الطبري ج ١ ص ٢٢٠ وما بعدها .

(٢) سورة آل عمران ج ٣ ، الآية : ٦٤ .

(٣) الامام أبو حنيفة ، أشهر من أن يعرف ، فهو الامام النعمان بن ثابت الكوفي صاحب المذهب الحنفي ولد سنة (٨٠) هـ ومات ببغداد سنة (١٥٠) هـ . قال فيه الشافعي : من أراد أن يتبحر في الفقه فهو عيال على أبي حنيفة : طبقات الفقهاء للشيرازي ص ٦٧ وانظر ترجمته كاملة في كتاب « أبو حنيفة » لاستاذنا محمد أبو زهرة .

(٤) أبو يوسف ومحمد صاحب أبي حنيفة ، وأبو يوسف هو يعقوب بن إبراهيم الانصاري ولد سنة ١١٣ هـ ومات ببغداد سنة ١٨٢ هـ وكان من أصحاب الحديث ثم غلب عليه الرأي وأخذ الفقه عن ابن أبي ليلى ثم عن أبي حنيفة وولى القضاء لهارون الرشيد . أما محمد فهو الامام محمد بن الحسن الشيباني ، صاحب إبا حنيفة وأخذ عنه الفقه ثم عن أبي يوسف وصنف الكتب ونشر فقه أبي حنيفة ولد سنة ١٢٩ هـ وتوفي سنة ١٨٧ هـ : الجواهر المضية ج ٢ ص ٤٢ ، ٤٤ ، ٢٢٠ .

(٥) أبو الحسن الكرخي هو عبيد الله بن الحسين بن دلال بن دلهام الامام الحنفي الكبير : الجواهر المضية ج ٢ ص ٣٤٠ .

(٦) احكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٣٢٨ .

(٧) هو امام أهل السنة وصاحب المذهب الحنبلي ومن أئمة الحديث ولد سنة ١٦٤ هـ ومات سنة ٢٤١ هـ : طبقات الحنابلة للفايزي أبي الحسين محمد بن أبي يعلى ج ١ ص ٤ وما بعدها .

كما روي عنه أنهم من اليهود . وقال ابن قدامة الحنبلي (١): ينظر فيهم ، فإن كانوا يوافقون أحد أهل الكتاين في نبيهم وكتابهم فهم منهم ، والا فليسوا من أهل الكتاب (٢) .

وروي عن الحسن البصري (٣) أنهم بمنزلة المجوس ، وعن الازاعي (٤) ومالك (٥) أنهم قوم من المشركين بين اليهود والنصارى ليس لهم كتاب (٦) .

والظاهر ان الفقهاء اختلفوا في أمر الصابئة لخفاء حقيقتهم وعدم وضوح دياتهم ، فقال كل فقيه فيهم بناء على ما ظهر له من أمرهم أو بناء على ما ظنه فيهم .

وفي العراق ، في الوقت الحاضر ، أقلية من الصابئة ، وهم يعتقدون بالخالق عز وجل ويؤمنون باليوم الآخر ويدعون أنهم يتبعون تعاليم آدم عليه السلام وان نبيهم يحي جاء لينقي دين آدم مما علق به ، وعندهم كتاب يسمونه « الكانز ابرا » أي صحف آدم . ومن عباداتهم الصلاة

(١) هو عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة المقدسي ثم الدمشقي ولد سنة ٥٤١ هـ وتوفي سنة ٦٢٠ هـ . وكان امام الحنابلة في زمانه وله تصانيف كثيرة في الفقه وغيره مثل المغني في الفقه ، والمقنع في الفقه ، ومختصر العلل في الحديث وغيرها : الدليل على طبقات الحنابلة لابن رجب ج ١ ص ١٣٣ وما بعدها .

(٢) المغني لابن قدامة ج ٨ ص ٤٩٦ - ٤٩٧ .

(٣) هو الحسن بن يسار البصري من فقهاء التابعين وشيخ اهل البصرة توفي سنة ١١٠ هـ : حسن الاثر في التعريف برجال الاثر تأليف المرحوم امين سرور ، ص ٥٨ .

(٤) الازاعي هو أبو عمرو عبد الرحمن بن عمرو الشامي الدمشقي ، كان امام اهل الشام في عصره بلا نزاع ، وكان اهل الشام والمغرب على مذهبه قبل انتقالهم الى مذهب مالك . ولد سنة ٨٨ هـ ومات سنة ١٥٧ هـ في بيروت ، وكان قد نزل بها مرابطا في اواخر عمره : الحديث والمحدثون تأليف محمد محمد ابو زهو ، الطبعة الاولى ، ص ١٣٢ .

(٥) هو الامام مالك بن انس صاحب المذهب المالكي ولد سنة ٩٣ هـ وتوفي سنة ١٧٩ هـ ، ومن كتبه « الموطأ » وهو كتاب فقه وحديث : انظر ترجمته في كتاب الدباج المذهب للفقهاء المالكي ابن فرحون ص ١٧ وما بعدها ، وكتاب مالك لاستاذنا محمد ابو زهرة ص ١٤ وما بعدها .

(٦) احكام القرآن للجصاص ج ٣ ص ٩١ .

وتقتصر على الوقوف والركوع والجلوس على الأرض دون سجود ،
ويؤدونها في اليوم ثلاث مرات : قبل طلوع الشمس وعند زوالها وقبل
غروبها ويتوجهون في صلاتهم الى النجم القطبي ^(١) . فهم ، وهذا هو
اعتقادهم ، يمكن اعتبارهم من أهل الكتاب على مقتضى المذهب الحنفي
في أهل الكتاب .

٩ - المجوس :

والمجوس يعظمون الانوار واليران ويدعون نبوة زرادشت . وهم
فرق شتى ، منهم المزدكية أصحاب مزدك ، وهؤلاء يرون الاشتراك في
النساء والمكاسب كما يشترك الناس في الهواء والماء . ومنهم الخرمية
أصحاب بابك الخرمي ، وهم شر طوائفهم لا يقرون بخالق ولا معاد ولا
نبوة ولا حلال ولا حرام ^(٢) .

والمجوس ليسوا من أهل الكتاب ، وعلى هذا القول جماهير
الفقهاء . وقال بعضهم أنهم من أهل الكتاب بحجة أنهم كانوا أهل كتاب
يدرسونه ولكن رفع ونزع من صدورهم ، وهذا يروى عن علي بن أبي
طالب ^(٣) . والصواب أنهم ليسوا من أهل الكتاب بدليل قوله تعالى
« أن تقولوا إنما أنزل الكتاب على طائفتين من قبلنا » فلو كان المجوس
من أهل الكتاب لكان أهل الكتاب ثلاث طوائف ، وهذا خلاف ما تدل
عليه الآية الكريمة . كما أن قول النبي (ص) : « سنوا بهم سنة أهل
الكتاب » يدل على أنهم غيرهم ، لأنه لو كانوا منهم لقال هم من أهل
الكتاب ^(٤) .

(١) الضبعة في حاضرم وماضيهم للاستاذ عبد الرزاق الحسني ص ٤٣
وما بعدها .

(٢) اغائة اللهفان لابن قيم الجوزية والمشهور باسم ابن القيم ج ٢
ص ٢٤٧ - ٢٤٨ .

(٣) الجصاص ج ٢ ص ٣٢٧ ، وج ٣ ص ٩٣ .

(٤) الجصاص ج ٢ ص ٣٢٧ ، المغني ج ٨ ص ٤٩٦ - ٤٩٨ . وحديث
سنوا بهم سنة أهل الكتاب ، رواه الشافعي ومالك : بدائع المن في
جمع وترتيب مسند الشافعي والسنن ج ٢ ص ١٢٦ ، وموطأ مالك
ج ٢ ص ١٣٩ .

وفي ايران ، في الوقت الحاضر ، طائفة من المجوس يبلغ عددها
المليون تقريبا . ويكثرون في مدينة « يزد » التي يعتبرونها بلدتهم
المقدسة ، ولهم فيها وفي غيرها معابد نيران . ومن عقائدهم التناسخ
وعبادة النار واباحة نكاح المحارم ^(١) .

١٠ - د - الدهرية :

وهؤلاء ينكرون الخالق ويقولون لا اله ولا صانع للعالم ، وان
هذه الاشياء وجدت بلا خالق ^(٢) . فهم قوم عطلوا المخلوقات عن
خالقها ، وقالوا ما حكاه الله تعالى عنهم : « وقالوا ما هي الا حياتنا
الدنيا نموت ونحيا وما يهلكنا الا الدهر » ^(٣) . وسماوا بالدهرية
لقولهم : وما يهلكنا الا الدهر ^(٤) . وللشيخ جمال الدين الافغاني
رسالة في الرد عليهم كتبها جوابا على سؤال ورد اليه من الهند
بشأنهم ^(٥) .

١١ - ه - المشركون :

وهؤلاء يقرون بربوبية الله تعالى ولكنهم لا يفرّدونه بالعبادة بل
يشركون معه غيره ، كعبدة الاوثان من العرب ^(٦) ، وعبدة الشمس
والملائكة ^(٧) ، ومن يعبد ما يستحسنه ^(٨) .

(١) من رسالة خطية للشيخ محمد مهدي الخالصي مؤرخة في ١٧ ذي
القعدة سنة ١٣٨٠ هـ ، موجهة لي جوابا على اسئلتني له حول
المجوس في ايران . والشيخ الخالصي من مجتهدى الجعفرية في
العراق في الوقت الحاضر . ويسكن « الكاظمية » وله فيها مدرسة
علمية هي « جامعة مدينة العلم » .

(٢) تلبس إبليس لابن الجوزي ص ٤٤ .

(٣) اغانة اللهفان لابن القيم ج ٢ ص ٢٥٥ ، والآية في سورة الجاثية ج ٢٥ ،
الآية ٢٤ .

(٤) الدر المختار ورد المحتار ج ٣ ص ٣٩٥ .

(٥) كتاب ، جمال الدين الافغاني باعث النهضة الفكرية في الشرق ، تاليف
استاذنا محمد سلام مذكور ص ١١٨ وما بعدها .

(٦) رد المحتار لابن عابدين ج ٣ ص ٣٩٦ .

(٧) مغني المحتاج في فقه الشافعية ج ٤ ص ٢٤٤ .

(٨) المغني ج ٧ ص ٧٩٦ .

— ١٧ —

١٢ - و - منكرو بعثة الرسل :

وهؤلاء يؤمنون بالله ولكنهم ينكرون بعثة الرسل فلا يؤمنون بنبي
ولا رسول كفريق من الفلاسفة (١).

١٣ - ز - المرتدون :

والمرتد لغة الراجع مطلقا ، وشرعا الراجع عن دين الاسلام (٢).
والردة قد تكون باللفظ بان يجري المسلم باختياره كلمة الكفر على
لسانه . ويشترط لوقوع الردة وصيرورة الشخص مرتداً العقل والطوع
والاختيار ، فلا تعتبر ردة المجنون ولا الصبي الذي لا يعقل ولا السكران
الذاهب العقل ولا المكره اذا كان قلبه مطمئنا بالايمان . وليست الذكورة
شرطا لوقوع الردة ، وكذا البلوغ عند الاحناف خلافا لغيرهم ، كالحنابلة ،
اذ عندهم البلوغ شرط لاعتبار الردة (٣).

والردة كما تكون بالالفاظ ، تكون أيضا بالافعال ، بان يأتي
المسلم فعلا يدل على استخفافه بالدين كالصلاة بلا وضوء عمدا (٤)،
والقاء القرآن الكريم في قدر عمدا (٥).

وحكم المرتد امهاله ثلاثة أيام وعرض الاسلام عليه لعله يرجع
عن رده . وعند الاحناف الامهال غير واجب بل مستحب ، فاذا رجع
المرتد الى الاسلام فيها والاقتل . ولا فرق في هذا الحكم بين الرجل
والمرأة ، وعند الاحناف المرأة تجبر على الاسلام ولا تقتل (٦).

(١) الدر المختار ورد المختار ج ٣ ص ٣٩٦ .

(٢) رد المختار لابن عابدين ج ٣ ص ٣٩١ .

(٣) بدائع الصنائع للكاساني ج ٧ ص ١٣٤ ، رد المختار ج ٣ ص ٣٩٣-٣٩٤ ،
الفتاوي الهندية ج ٢ ص ٢٥٣ ، المغني ج ٨ ص ١٢٣ .

(٤) رد المختار ج ٣ ص ٣٩٢ .

(٥) شرح الخرشي في فقه المالكية ج ٨ ص ٦٢ ، فتح العزيز شرح الوجيز
لرافعي ، في فقه الشافعية ج ١٤ ص ١٧٧ ، شرح الازهار في فقه
الزيدية ج ٤ ص ٥٧٦ - ٥٧٧ ، شرح النيل في فقه الاباضية ج ١٠
ص ٤٢٥ .

(٦) الفتاوي الهندية ج ٢ ص ٢٥٧ ، المغني ج ٨ ص ١٢٣ - ١٢٥ . وبلاحظ
ان غير المسلم لا يحمل على الرجوع الى دينه اذا تحول عنه : شرح
الخرشي ج ٨ ص ٦٩ ، رد المختار ج ٣ ص ٣٩٤ .

ثالثا - دار الاسلام ودار الحرب

١٤ - يقسم فقهاء المسلمين العالم الى دارين (١) : دار الاسلام ، ودار الحرب . أما دار الاسلام ، فقد عرفها الفقهاء بتعاريف مختلفة ، منها ما قاله الامام السرخسي (٢) : « دار الاسلام اسم للموضع الذي يكون تحت يد المسلمين ، وعلامة ذلك أن يأمن فيه المسلمون » (٣) . وعرفها المرحوم عبد الوهاب خلاف « بأنها الدار التي تجري عليها أحكام الاسلام ويأمن من فيها بأمان المسلمين سواء أكانوا مسلمين أو ذميين » (٤) .

والواقع أن لا اختلاف بين التعريفين ، لان البلاد التي تكون تحت يد المسلمين ، تجري فيها أحكام الاسلام ، لان المسلمين لا يجرون غير هذه الاحكام . كما أن التعريف الثاني ، وان لم يذكر صراحة أن الدار تحت يد المسلمين ، الا أن هذا الامر مفهوم بداهة ويتضمنه التعريف ما دامت أحكام الاسلام هي النافذة والامان حاصل لمن فيها .

فالشرط الجوهرى لاعتبار الدار دار اسلام هو كونها محكومة من قبل المسلمين وتحت سيادتهم وسلطانهم ، فتظهر عند ذاك أحكام الاسلام . وليس من شرط هذه الدار أن يكون فيها مسلمون ما دامت تحت سلطانهم . وفي هذا يقول الامام الرافعي : « ليس من شرط دار

(١) يذكر بعض الفقهاء الى جانب هاتين الدارين ، دار العهد . وهي في الحقيقة من دار الاسلام . ويراد بهذه التسمية الدار التي دخلت في سلطان المسلمين وانضمت الى دار الاسلام بصلح لا بفتح وعنوة : الاحكام السلطانية للماوردي ص ١٣٣ ، ١٥١ ، ١٦٦ .

(٢) السرخسي هو الامام الكبير محمد بن احمد بن أبي سهل ابو بكر السرخسي نسبة الى مدينة سرخس . أملى كتابه المبسوط وهو في السجن . توفي سنة ٤٩٠ هـ : الجواهر المضية ج ٢ ص ٢٨ ، ٢٩ .

(٣) شرح السير الكبير للسرخسي ج ٣ ص ٨١ ، وعند الزيدية دار الاسلام هي التي تظهر فيها شعائر الاسلام بقوة المسلمين ومنعتهم ، ولا يظهر فيها غيرها الا بالذمة والامان من المسلمين : شرح الازهار ج ٥ ص ٥٧١ - ٥٧٢ .

(٤) السياسة الشرعية او نظام الدولة الاسلامية للمرحوم عبد الوهاب خلاف ص ٦٩ . وقريبا من هذا التعريف تعريف الإباضية : انظر شرح النيل ج ١٠ ص ٤٠٥ .

— ١٩ —

الاسلام أن يكون فيها مسلمون بل يكفي كونها في يد الامام
واسلامه « (١) » .

١٥ — وبلاد الاسلام كلها تعتبر دارا واحدة ولو اختلف حكامها
وصارت دولا شتى لنفوذ حكم الاسلام فيها ، لان هذه الفرقة لا تقضي
على نفوذ حكم الاسلام فيها جميعا (٢) .

والاصل في أهل دار الاسلام أن يكونوا مسلمين ، ولكن قد يكون
من سكانها غير المسلمين وهم الذميون .

ولاهل دار الاسلام ، سواء منهم المسلمون والذميون ، العصمة في
أنفسهم وأموالهم ، المسلمون بسبب اسلامهم ، والذميون بسبب ذمتهم ،
فهم جميعا آمنون بأمان الاسلام ، أي بأمان أقره الشرع بسبب الاسلام
بالنسبة للمسلمين ، وبسبب عقد الذمة بالنسبة للذمين .

١٦ — دار الحرب :

وهي الدار التي لا سلطان للمسلمين عليها ، وفي هذا يقول الزيدية :
« واعلم ان دار الحرب هي الدار التي شوكتها لاهل الكفر ولا ذمة من
المسلمين عليهم » (٣) .

ومن الواضح أن هذه الدار لا تطبق فيها أحكام الاسلام ، لان
حكامها غير مسلمين ، وبهذا صرح الاباضية (٤) .

وعرف بعض الفقهاء المحدثين هذه الدار بقوله « هي الدار التي
لا تجري فيها أحكام الاسلام ولا يأمن من فيها بأمان المسلمين » (٥) .
أو هي الدار « التي لا سلطان للاسلام عليها ولا نفوذ لاحكامه فيها بقوة

(١) فتح العزيز ج ٨ ص ١٤ .

(٢) المواريث علما وعملا ، للمرحوم احمد ابراهيم ص ٨٥ ، الوصايا ، في
الفقه الاسلامي لاستاذنا سلام مذكور ص ٥٤ .

(٣) شرح الازهار ج ٤ ص ٥٥١ .

(٤) شرح النيل ج ١٠ ص ٣٩٥ : هي — أي دار الحرب — التي امرها
للمشرك يجري فيها الاحكام الشريكية .

(٥) السياسة الشرعية ، للمرحوم خلاف ، ص ٦٩ .

— ٢٠ —

الاسلام ومنعته»^(١) . والواقع أن لا اختلاف بين هذه التعاريف ،
وانما ذكر في كل منها صفات يلزمها ما ذكر في التعاريف الاخرى كما
يظهر باديء النظر .

وأهل دار الحرب هم الحريون . والحربي لا عصمة له في نفسه
ولا في ماله بالنسبة لأهل دار الاسلام ، لان العصمة في الشريعة الاسلامية
تكون بأحد أمرين : الايمان أو الامان . وليس للحربي واحد منهما .
رابعا - ما به تصير النار دار اسلام او دار حرب :

١٧ - قال الاحناف والزيدية : تصير دار الحرب دار اسلام باظهار
أحكام الاسلام فيها^(٢) . وتصير دار الاسلام دار حرب ، عند أبي
حنيفة ، بثلاثة شروط : (أولا) ظهور أحكام الكفر فيها . (ثانيا) أن تكون
متصلة بدار الحرب بحيث لا يكون بينهما بلد من بلاد الاسلام . (ثالثا)
أن لا يبقى فيها مسلم ولا ذمی آمنًا بالامان الاول^(٣) .

وعند أبي يوسف ومحمد والزيدية تصير دار الاسلام دار حرب
باظهار أحكام الكفر فيها^(٤) .

١٨ - هل تصير دار الاسلام دار حرب اذا استولت عليها دولة كافرة ؟

تعرض الامام الاسييجابي^(٥) لهذه المسألة ، بعد اغارة التتار
على البلاد الاسلامية واستيلائهم على أجزاء منها . والذي رآه الامام
المذكور هو بقاء تلك البلاد المحتلة من قبل التتار ، من جملة بلاد الاسلام

- (١) المواريث علما وعملا ، ص ٨٥ ، الوصايا في الفقه الاسلامي ، ص ٥٤ .
- (٢) شرح السير الكبير ج ٤ ، ص ٣٠٠ ، ٣٢٠ ، ٣٢٣ ، الكاساني ج ٧ ص ١٣٠ ،
الفتاوي الهندية ج ٢ ص ٢٣٢ ، شرح الازهار ج ٢ ص ٥٧٢ .
- (٣) الكاساني ج ٧ ص ١٣٠ ، الفتاوي الهندية ج ٢ ص ٢٣٢ .
- (٤) الكاساني ج ٧ ص ١٣٠ ، الفتاوي الهندية ج ٢ ص ٢٣٢ ، شرح الازهار
ج ٢ ص ٥٧٢ .

(٥) الاسييجابي هو بهاء الدين محمد بن احمد الاسييجابي ، نسبة الى
بلدة اسيجاب من ثغور الترك ، وهو من أئمة الحنفية في القرن
السابع الهجري : كتاب الفوائد البهية في تراجم الحنفية تأليف
العلامة أبي الحسنات محمد عبد الحي اللكنوي الهندي ، الطبعة
الاولى سنة ١٣٢٤ هـ بمطبعة السعادة بمصر ، ص ٤٢ ، ١٠٨ .

لعدم اتصالها بدار الحرب ولأن الكفرة لم يظهروا فيها أحكام الكفر ، فقد ظل القضاة من المسلمين ، ثم قال : وقد تقرر أن بقاء شيء من العلة يبقّي الحكم ، وقد حكمنا بلا خلاف بأن هذه الديار قبل استيلاء التتار عليها كانت من ديار الاسلام ، وأنه بعد الاستيلاء عليها بقيت شعائر الاسلام ، كالأذان والجمع والجماعات وغيرها فتبقى دار اسلام . وقال الامام الحلواني ^(١) انما تصير دار الاسلام دار حرب باجراء أحكام الكفر فيها وألا يحكم فيها بحكم من أحكام الاسلام وأن تتصل بدار الحرب ، وألا يبقى فيها مسلم ولا ذمي آمننا بالامان الاول ، أي بأمان أثبتته الشرع بالايان أو بعقد الذمة ، فاذا وجدت الشرائط كلها صارت دار حرب ، وعند تعارض الدلائل أو الشرائط فانه ييقى ما كان على ما كان أو يترجح جانب الاسلام احتياطاً ، ألا يرى أن دار الحرب تصير دار اسلام بمجرد اجراء أحكام الاسلام فيها اجماعاً ^(٢) .

والذي يخلص لنا من رأي الامامين الاسييجابي والحلواني أن دار الاسلام لا تكون دار حرب بمجرد استيلاء دولة كافرة عليها ما دام يجري فيها بعض أحكام الاسلام . ويبدو أن رأي هذين الامامين هو الراجح نظراً لما استدلوا به . وعليه فان بعض بلاد المسلمين التي تخضع اليوم للسيطرة الاجنبية ، تعتبر من دار الاسلام لجريان بعض أحكام الاسلام فيها كأحكام النكاح وغيرها مما يتعلق بالاحوال الشخصية ، ولظهور بعض شعائر الاسلام فيها ايضاً ^(٣) .

(١) والحلواني ، منسوب الى عمل الحلوى ، وهو عبد العزيز بن احمد بن نصر بن صالح ، ضمن الأئمة الحلواني البخاري . وهو من فقهاء الحنفية في القرن الخامس للهجرة : المرجع السابق ص ٩٥ .
(٢) الاجراءات القضائية لاستاذنا الشيخ محمد فرج السنهوري ص ٣٩ - ٤٠ .

(٣) جاء في المذكرة التفسيرية لقانون الوصية المصري : وان المراد بدار الاسلام ما كانت تحت حكم المسلمين ، أو كانت تحت حكم غيرهم لكن شعائر الاسلام كلها أو غالبها تقام فيها : الوصايا في الفقه الاسلامي ، لاستاذنا محمد سلام مذكور ، ص ٣٣٦ .

الفصل الثاني

الذميون والمستامنون

لمبحث الأول

الذميون

١٩ - الذمة في اللغة الامان والعهد . وأهل الذمة هم المعاهدون من النصرارى واليهود وغيرهم ممن يقيم في دار الاسلام^(١) . وقد جاء في الحديث الشريف « .. يسعي بذمتهم أدناهم .. » وفسر الفقهاء « ذمتهم » بمعنى الامان^(٢) . وقالوا في تفسير عقد الذمة بأنه اقرار بعض الكفار على كفرهم بشرط بذل الجزية والتزام أحكام الملة^(٣) . وعلى هذا يمكن القول بأن عقد الذمة عقد بمقتضاه يصير غير المسلم في ذمة المسلمين أي في عهدهم وأمانهم على وجه التأييد ، وله الإقامة في دار الاسلام على وجه الدوام .

٢٠ - متى شرع عقد الذمة وحكمة مشروعيتها ؟

شرع عقد الذمة بعد فتح مكة ، أما ما كان قبل ذلك بين النبي صلى الله عليه وسلم وبين المشركين فعهود الى مدد لا على أنهم داخلون في ذمة الاسلام وحكمه^(٤) . ويؤيد ذلك ان آية الجزية المتضمنة عقد الذمة ، وهي قوله تعالى « قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق من الذين اوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية ... الآية » انما نزلت في السنة التاسعة من

- (١) القاموس المحيط ج٤ ص ١١٥ ، المنجد ص ٢٣٧ ، شرح السير الكبير ج١ ص ١٦٨ : فالمراد بالذمة العهد مؤقتا كان او مؤبدا .
- (٢) كشف القناع ج١ ص ٧٠٤ .
- (٣) المرجع السابق ج١ ص ٧٠٤ ، كشف المخدرات ص ٢٠٦ .
- (٤) الكاساني ج٧ ص ١١١ .

الهجرة أي بعد فتح مكة (١) .

أما حكمة مشروعية عقد الذمة فهي أن يترك الحربي القتال مع احتمال دخوله في الاسلام عن طريق مخالطته للمسلمين وإطلاعه على شرائع الاسلام ، وليس المقصود من عقد الذمة تحصيل المال (٢) .

٢١ - من يتولى إبرام عقد الذمة مع غير المسلم ؟

يتولى الامام أو نائبه إبرام هذا العقد مع غير المسلم . فلا يصح من غيرهما . وبهذا صرح الفقهاء من الشافعية والمالكية والزيدية والحنابلة وغيرهم حتى قال صاحب المغني الحنبلي لا نعلم فيه خلافا (٣) .
وينعقد هذا العقد بإيجاب وقبول ، شأنه شأن العقود الاخرى ،

(١) احكام القرآن للجصاص ج١ ص ١٤٢ ، تفسير ابن كثير ج٣ ص ٣٤٧ .

(٢) المبسوط ج ١٠ ص ٧٧ ، الكاساني ج ٧ ص ١١١ ، نيل الاوطار للشوكاني ج ٨ ص ٥٨ ، شرح السير الكبير ج ٣ ص ٢٥٤ : لانا انما قبلنا منهم عقد الذمة ليقفوا على محاسن الدين فعسى أن يؤمنوا .

(٣) فتح العزيز ج ١٦ ص ١١٨ ، مغني المحتاج ج ٤ ص ٢٤٣ ، شرح الخرشي ج ٣ ص ١٤٣ ، منح الجليل شرح مختصر خليل للشيخ محمد عليش ج ١ ص ٧٥٦ ، البحر الزخار ج ٥ ص ٤٤٧ ، المغني ج ٨ ص ٥٠٥ .

ولكن الحنفية يخالفون في هذا فعندهم يجوز لغير الامام أن يعقد الذمة مع غير المسلم . فقد جاء في العناية على الهداية ج ٤ ص ٣٠٠ : « فان الحربي اذا عقد عقد الذمة مع العبد وقبل الجزية وقبل العبد منه هذا العقد صح هذا العقد والقبول من العبد ويصير - أي الحربي - ذميا بالاتفاق » وعلل الحنفية هذا القول بان عقد الذمة خلف عن الاسلام فهو بمنزلة الدعوة اليه ، لانه مفروض ، فتجب اجابة من طلبه ، لان الله تعالى جعل نهاية قتال الحربي بقبوله عقد الذمة ، كما تصرح آية الجزية ، وفي عقد الذمة لهم أسقاط الفرض عن الامام وعن عامة المسلمين : الهداية وفتح القدير ج ٤ ص ٣٠٠ - ٣٠١ .

والراجح هو ما قاله الجمهور ، لان عقد الذمة عقد مؤبد ، يصير به غير المسلم من اهل دار الاسلام ، وتلتزم الدولة قبله بالتزامات كما يلتزم هو قبلها بالتزامات ، فكان لابد أن يتولاه الامام أو نائبه لان الامام يمثل الدولة ، فليس لاحاد المسلمين الافتات على حق الامام في إبرام هذا العقد .

فينعقد باللفظ أو ما يقوم مقامه ، وهذا ما صرح به الفقهاء . ففي نهاية المحتاج الى شرح المنهاج للامام الرملي ، عند كلامه على عقد الذمة ، « ويشترط لفظ القبول من كل منهما لما أوجبه العاقد ولو بنحو رضيت ، وبإشارة أخرس مفهومة ، وبكناية بينة ، ومنها الكتابة ... » (١) . ولا تشترط كتابة العقد لا انعقاده اذا ما تم باللفظ وهذه هي القاعدة في ابرام العقود ، ومع هذا فكتابة العقود أمر مستحسن في الفقه الاسلامي (٢) لاجل الاثبات ودفعاً لمضرة الانكار والجحود . وقد كان حكام المسلمين ونوابهم يدونون عقود الذمة التي يرمونها مع غير المسلمين ، وقد حفظ لنا التاريخ الاسلامي نماذج كثيرة منها (٣) .

وصرح صاحب المغني الحنبلي ، أن الامام بعد أن يعقد الذمة لغير المسلمين يكتب أسماءهم وأسماء آبائهم وأوصافهم ودينهم (٤) ، وهذا الاجراء لا شك في فائدته وضرورته للدولة الاسلامية لما يترتب على عقد الذمة من حقوق وواجبات بالنسبة للطرفين : الدولة الاسلامية والذمي .

وعقد الذمة يشبه التجنس في الوقت الحاضر . وتجري الدول الان على أن التجنس لا يتم الا عن طريق الدولة نفسها فهي التي توافق عليه ولا تتركه للأفراد ، وعلى هذا يجري العمل في الدول الاسلامية كالجمهورية العربية المتحدة والعراق والسعودية .

(١) نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ج٧ ص ٢٣١ ، فتح العزيز ج١٦ ص ٩٩ - ١٠٠ ، شرح الازهار ج٤ ص ٥٠٦ .

(٢) تاريخ التشريع الاسلامي ، لاستاذنا محمد سلام مذكور ص ٤١٧ .

(٣) من ذلك كتاب النبي صلى الله عليه وسلم لنصاري نجران . والعقود التي أبرمها قادة الجيوش الاسلامية ، كخالد بن الوليد مع أهل الحيرة ، ونعيم بن مقرن مع أهل الري وعتبة بن فرقد مع أهل أذربيجان ، وحبيب بن مسلمة لأهل التفليس ، وغير هذا كثير : تاريخ الطبري ج٥ ص ٢٢٨ وما بعدها ، الاموال لأبي عبيد ص ٨٧ وما بعدها .

(٤) المغني ج٨ ص ٥٣٤ : وإذا عقد معهم الذمة كتب اسماءهم واسماء آبائهم وعددهم وحلاهم ودينهم ... الخ ، ومثل هذا القول جاء في البحر الزخار ج٥ ص ٤٦٣ .

— ٢٥ —

٢٢ — من الذي تعقد له الذمة ؟

(أولا) :

أهل الكتاب من اليهود والنصارى ، وكذلك المجوس وهؤلاء يجوز عقد الذمة لهم بلا خلاف بين الفقهاء . أما أهل الكتاب ، فأية الجزية صريحة في جواز عقد الذمة لهم . وأما المجوس فقد ثبت جواز عقد الذمة لهم بالسنة القولية والفعلية ، فقد قال النبي صلى الله عليه وسلم : « سنوا بهم سنة أهل الكتاب » ، وأخذ صلى الله عليه وسلم الجزية من مجوس هجر^(١) .

(ثانيا) :

المرتدون . وهؤلاء لا يجوز عقد الذمة لهم اجماعا . صرح بذلك الحنفية والمالكية^(٢) . وعلل الحنفية ذلك بعدة أدلة ، منها : —

أ — قوله تعالى « تقاتلونهم أو يسلمون »^(٣) فقد قالوا ان هذه الآية نزلت في أهل الردة من بني حنيفة .

ب — ان عقد الذمة في حق المرتد لا يقع وسيلة الى الاسلام ، لان

(١) الكاساني ج ٧ ص ١١١ ، الهداية وفتح القدير ج ٤ ص ٣٧٠ ، احكام القرآن للجصاص ج ٣ ص ٩١ — ٩٣ ، رد المحتار ج ٣ ص ٣٧١ ، المغني ج ٨ ص ٤٩٦ — ٤٩٨ ، كشف القناع ج ١ ص ٧٥ ، المحلى لابن حزم الظاهري ج ٧ ص ٣٤٥ ، الروض النضر في فقه الزيدية ج ٤ ص ٣١٦ ، ٣١٨ ، وفي فقه الشيعة الامامية : الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ج ١ من كتاب الجهاد ، وجواهر الكلام من المجلد المطبوع سنة ١٢٧٢ هجرية من كتاب الجهاد ، المختصر النافع ص ١٣٤ . وفي فقه المالكية : المدونة الكبرى ج ٢ ص ٤٢ ، شرح الموطن للزرقاني ج ٢ ص ١٣٩ ، ١٤١ ، شرح النيل في فقه الاباضية ج ١ ص ٤٠٦ ، وفي فقه الشافعية كتاب الام للشافعي ج ٤ ص ٩٥ ، الاشباه والنظائر للسيوطي ص ٢١١ ، مختصر المزني ج ٥ ص ٢٠٢ ، نيل الاوطار ج ٨ ص ٥٨ — ٥٩ ، تيسير الوصايا الى جامع الاصول لابن الديبع الشيباني ج ١ ص ٢٤٥ .

(٢) شرح السير الكبير ج ٤ ص ٢١ — ٢٢ ، الكاساني ج ٧ ص ١١ ، الهداية ج ٤ ص ٣٧١ ، تفسير القرطبي ج ٨ ص ١١٠ ، الجليل لشرح مختصر سيدي خليل للحطاب ج ٣ ص ٣٨١ ، لابن رشد ج ١ ص ٥٨٢ .

(٣) سورة الفتح ج ٢٦ الآية ٦ .

الظاهر أنه لم ينتقل عن الاسلام ، بعدما عرف محاسنه ، الا لسوء فطرته ، فيقع اليأس من صلاحه فلا يكون عقد الذمة في حقه وسيلة الى الاسلام .

ج - المقصود من عقد الذمة ليس تحصيل المال بل التزام الحربي أحكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات . وأحكام الاسلام لازمة على المرتد فلا يكون الغرض من عقد الذمة معه الا الحصول على مال الجزية وهذا لا يجوز .

د - المرتد يستحق القتل ان لم يسلم ، وهذا ينافي عقد الذمة الذي يفيد العصمة للذمي . أما غير الحنفية والمالكية ، فانهم وان لم يصرحوا بما صرح به الاحناف والمالكية ، الا انه « أجمع أهل العلم على وجوب قتل المرتد » ^(١) وان اختلفوا في وجوب استتابته قبل قتله ^(٢) ، وعقد الذمة يتنافى مع وجوب القتل لان الذمة تفيد العصمة لصاحبها والمرتد يستحق القتل ^(٣) ، فلا يجوز عقد الذمة له .

(ثالثاً) :

أما غير أهل الكتاب والمجوس والمرتدين ، فقد اختلف الفقهاء في جواز عقد الذمة لهم . ويمكن اجمال أقوالهم كما يأتي : -
القول الاول - لا يجوز عقد الذمة وأخذ الجزية من غير أهل الكتاب والمجوس . وحجة هذا القول ، قوله تعالى « فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم » وقول النبي صلى الله عليه وسلم « امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله فاذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم الا بحقها » وهذا عام خص منه أهل الكتاب بآية الجزية ، كما خص منه المجوس بالسنة النبوية ، فبقي من عداهم من غير المسلمين على

(١) المغني ج ٨ ص ١٢٣ .

(٢) المغني ج ٨ ص ١٢٤ .

(٣) قال النبي صلى الله عليه وسلم : (من بدل دينه فاقتلوه) وفي رواية : من غير دينه فاضربوا عنقه : تيسير الوصول ج ٢ ص ١٩١ ، نيل الاوطار ج ٧ ص ١٩١ .

العموم ، فلا يجوز عقد الذمة لهم . وهذا قول الحنابلة والشافعية والظاهرية والشيعة الامامية (١) .

القول الثاني : - يجوز عقد الذمة لجميع أصناف غير المسلمين الا عبدة الاوثان من العرب . وحجة هذا القول ، هي أن النبي صلى الله عليه وسلم أخذ الجزية من المجوس وعقد الذمة لهم مع أنهم ليسوا أهل كتاب فدل هذا على جواز عقد الذمة لسائر غير المسلمين عدا عبدة الاوثان من العرب لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يقبل منهم الا الاسلام أو السيف . ولأن قوله تعالى « فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم » نزلت في عبدة الاوثان من العرب دون غيرهم فلا يجوز عقد الذمة لهم . وهذا قول الحنفية (٢) .

القول الثالث : - جواز عقد الذمة لجميع أصناف غير المسلمين ، لا فرق بين وثني عربي وغيره . وهذا مذهب الاوزاعي ومالك وظاهر مذهب الزيدية (٣) .

وحجة هذا القول ، هي أن النبي صلى الله عليه وسلم أخذ الجزية من المجوس فدل فعله هذا على جواز عقد الذمة لجميع أصناف غير

(١) المغني ج ٨ ص ٥٠٠ - ٥٠١ أحكام القرآن للإمام الشافعي ص ٥٠ - ٥٣، المهذب ج ٢ ص ٢٦٦، مغني المحتاج ج ٤ ص ٢٤٤، المحلى لابن حزم ج ٧ ص ٣٤٥ سفينة النجاة في فقه الشيعة الامامية ج ٢ ص ٣٤٤، والروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ج ١ من كتاب الجهاد .

وآية فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم في سورة التوبة ج ١ الآية ٥ .

(٢) أحكام القرآن للجصاص ج ٣ ص ٩١-٩٣، الكاساني ج ٧ ص ١١١، الخراج لأبي يوسف ص ١٢٨ - ١٢٩، فتح القدير ج ٤ ص ١٧٣، ٣٧٢، رد المحتار ج ٣ ص ٣٧١ .

(٣) تفسير القرطبي ج ٨ ص ١١٠، شرح الموطأ للزرقاني ج ٢ ص ١٣٩، مواهب الجليل للخطاب ج ٣ ص ٣٨١، منح الجليل للشيخ عlish ج ١ ص ٧٥٦، الروض النضير ج ٤ ص ٣١٧ - ٣١٨ .

المسلمين^(١) .

٢٣ - القول الراجح :

والقول الراجح من هذه الاقوال ، هو القول الثالث للدلالة الآتية :
 أ - ان الآية الكريمة التي فيها « فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم » والآيات التي قبلها من سورة براءة انما نزلت قبل آية الجزية . وفي تلك الآيات أمر الله تعالى نبيه (ص) بقتال جميع من لم يسلم من العرب . فكان صلى الله عليه وسلم يقاتل المشركين من العرب واليهود ولم يأخذ منهم الجزية . ثم نزلت آية الجزية فأخذها من أهل نجران وهم من نصارى العرب ، كما أخذها من المجوس وليسوا هم أهل كتاب . وأخذها من المجوس دليل على جواز أخذها من جميع المشركين . وانما لم يأخذها النبي صلى الله عليه وسلم من عبدة الاوثان من العرب لانهم أسلموا كلهم قبل نزول آية الجزية ، ولو بقي منهم أحد لقبول منه الجزية وعقد له الذمة كما قبلها من المجوس والنصارى من العرب ، اذ لا فرق ولا تأثير لشدة كفر بعض الطوائف وزيادته على البعض الآخر ، بل ان كفر المجوس أغلظ من كفر عبدة الاوثان من العرب لانهم كانوا يقرون بتوحيد الربوية بخلاف المجوس ، كما أنهم كانوا على بقايا من دين ابراهيم ولا يستحلون ما يستحله المجوس من نكاح الامهات والبنات ، فكيف يصح جعل المجوس أحسن حالا من مشركي العرب فتقبل منهم الجزية وتعقد لهم الذمة ولا يقبل ذلك من مشركي العرب ؟^(٢) .

ب - والسنة النبوية تدل على جواز عقد الذمة لجميع أصناف غير المسلمين عربا كانوا أو عجماء ، فمن ذلك ما جاء في حديث بريدة « ان

(١) المدونة الكبرى ج٣ ص ٤٦ : وقال مالك في المجوس ما قد بلغك عن عبد الرحمن بن عوف انه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (سنوا بهم سنة أهل الكتاب) فالامم كلها في هذا بمنزلة المجوس عسدي .

(٢) زاد المعاد لابن قيم الجوزية ج٣ ص ٢٢٤ .

النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا أمر الامير على جيش أو سرية أوصاه في خاصته بتقوى الله تعالى ثم قال له « .. واذا لقيت عدوك من المشركين فادعهم الى ثلاث خصال فأيتن أجابوك اليها فاقبل منهم وكف عنهم ، ادعهم الى الاسلام ... فان هم أبو فاستلهم الجزية ، فان هم أجابوك فاقبل منهم وان هم أبوا فاستعن عليهم بالله وقاتلهم »^(١). وهذا الحديث كان بعد نزول آية الجزية فيشمل بعسومه جميع أصناف غير المسلمين ، لان قوله « عدوك » عام يشمل مشركي العرب وغيرهم ، وحمله على أهل الكتاب فقط في غاية البعد^(٢).

ج - أما آية الجزية وذكرها لأهل الكتاب فقط ، فهذا لا يدل على أن الجزية لا تؤخذ الا منهم وان الذمة لا تعقد الا لهم ، لان الآية لم تعرض لأخذ الجزية من غير أهل الكتاب ولا لعدم أخذها منهم ، وقد جاء حديث بريدة الذي ذكرناه ، بجواز أخذ الجزية من غير أهل الكتاب^(٣).

وقد قال بعض المفسرين في تفسير آية الجزية ان الله تعالى أمر بمقاتلة جميع غير المسلمين وخص أهل الكتاب بالذكر اكراما لكتابهم ولكونهم عالمين بالتوحيد والرسول والشرائع والمثل^(٤). وعلى هذا لا يكون ذكر أهل الكتاب في الآية دليلا على حصر جواز عقد الذمة لهم دون غيرهم .

د - أما الحديث الشريف « امرت أن اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله » فقد قال البعض ان المراد بالناس حتى يقولوا

- (١) رواه أهل الحديث : صحيح مسلم ج٧ ص ٣١٠ ، سنن أبي داود ج٣ ص ٤١٦ ، الترمذي ج٧ ص ١١٩ ، ابن ماجه ج٢ ص ١٩٩ ، مسند أحمد طبعة ١٣٥٣ هـ بمطبعة الاخوان المسلمين ج ١٤ ص ٤٦ ، تيسير الوصول ج١ ص ٢٣٢ - ٢٣٣ .
- (٢) سبل السلام ج٤ ص ٦٣ - ٦٤ .
- (٣) سبل السلام ج٤ ص ٦٣ .
- (٤) تفسير القرطبي ج٨ ص ١٠٩ .

المشركون من غير أهل الكتاب ، او أن المراد به أهل الكتاب ^(١) .
وقال آخرون يجوز حمل الحديث على أنه كان قبل نزول آية الجزية ،
أو يحمل على مشركي العرب فقط ^(٢) . فمع هذه الاحتمالات في
مدلول هذا الحديث لا يبقى حجة للمستدلين به على عدم جواز عقد
الذمة لغير أهل الكتاب .

هـ - واخيرا يمكن القول ان عدم عقد الذمة لبعض المسلمين اكراه
لهم على تبديل عقيدتهم وارغامهم على الدخول في الاسلام كرها ، وهذا
خلاف المقرر في الشرع الاسلامي من أنه (لا اكراه في الدين) ، وأن
الاسلام يدعو الى الايمان عن طريق الاختيار والنظر في الدلائل .
٢٤ - هل اجابة طلب عقد الذمة واجب على المسلمين ؟

مذهب الحنفية والحنابلة والزيدية أن غير المسلم اذا طلب عقد
الذمة فعلى الامام اجابته . وهذا مذهب الشافعية أيضا مع استثناء من
يخشى ضرره على المسلمين كالجاسوس فلا تعتد له الذمة ، وهذا
استثناء حسن تتسع له الشريعة ولا تأباه ^(٣) .

وحجة قول الاحناف ومن وافقهم من وجوه :

أ - أن عقد الذمة ينتهي به قتال غير المسلمين فهو من هذه الناحية
كالاسلام ، قال تعالى (قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ... الآية) .
ب - وفي الحديث الشريف « فادعهم الى أداء الجزية ، فان أجابوك
فأقبل منهم وكف عنهم » وهذا يدل على وجوب اجابة طلب عقد الذمة .
ج - أجاب النبي صلى الله عليه وسلم نصارى نجران الى عقد
الذمة حينما طلبوها منه .

د - ان عقد الذمة كالخلف عن الاسلام فيما يرجع الى الالتزام

-
- (١) شرح القسطلاني على صحيح البخاري ج ١ ص ١٠٦ .
(٢) حاشية السندي على سنن النسائي ج ٥ ص ١٥ .
(٣) شرح السير الكبير ج ٣ ص ٢٤٩ - ٢٥٠ ، ٣٠١ ، ج ٤ ص ٢٧٠ ، مقني المحتاج
ص ٣٢٤ . المغني ج ٨ ص ٤٠٥ ، المهذب ج ٢ ص ٢٧٠ ، البحر الزخار
ج ٤ ص ٢٤٣ ، ٢٤٤ ، شرح العزيز ج ١٦ ص ١١٩ ، البحر الزخار
ج ٥ ص ٤٥٧ .

بأحكام المعاملات ، وحيث ان غير المسلم اذا طلب عرض الاسلام عليه
تجب اجابته فكذلك اذا طلب عقد الذمة تجب اجابته .

هـ — ان عقد الذمة يترتب عليه مخالطة الذمي للمسلمين ، واطلاعه
على محاسن الاسلام ، وقد يحمله ذلك على اعتناق الاسلام .

ومذهب المالكية وجوب اجابة الطلب اذا تيقنت المصلحة ، وتترجح
الاجابة اذا ترجحت المصلحة ، وتجوز الاجابة اذا استوى الامران :
المصلحة وعدمها ^(١) . وهذا الاتجاه من المالكية يتفق وما ذهبوا اليه
من أصل المصالح واعتبارها في استنباط الاحكام ^(٢) .

والراجح هو قول القائلين بالوجوب لقوة أدلتهم وسلامتها من
الاعتراضات والتضعيف الا اذا كان في الاجابة ضرر على المسلمين فلا
تجوز الاجابة لان تصرفات الامام مقيدة بشرط المصلحة وعدم الضرر .

والمعمول به حاليا في الدول الاسلامية كالعربية المتحدة والعراق
والسعودية، ان عقد الذمة — وهو يقابل منح الجنسية بطريق التجنس —
متروك لتقدير الحكومة، فلها أن ترفض الطلب ولها أن توافق عليه ^(٣) .
وهذا الاتجاه لا يخالف أحكام الشريعة لان للامام سلطة النظر في الامور
العامة ومنها النظر في منح الاجنبي جنسية الدولة ^(٤) .

- (١) شرح الخرشي وحاشية العدوي ج ٣ ص ١٤٣ — ١٤٤ .
- (٢) تاريخ التشريع الاسلامي لاستاذنا سلام مذكور ص ٦٥ ، ١٨١ .
- (٣) في قوانين الجنسية الحالية ، تنظر المواد ٣-٦ ، ١١ ، من قانون رقم
٨٢ لسنة ١٩٥٨ في الجمهورية العربية المتحدة . وفي العراق المادة
١٠ و ١١ من قانون رقم ٤٢ لسنة ١٩٢٤ وتعديلاته . وفي السعودية
المادة ٩ و ١٠ من نظام الجنسية العربية السعودية الصادر سنة
١٣٧٤ هـ .

- (٤) والواقع، ان لولي الامر سلطة واسعة في تدبير شؤون الدولة ، وله
ان يقرر ما يراه ضروريا لتحقيق المصلحة ودرء المفسدة على ان
لا يصطدم بنص قطعي ولا بمبدأ شرعي : انظر الاباحة عند الاصوليين
والفقهاء لاستاذنا محمد سلام مذكور ، المنشور في مجلة القانون
والاقتصاد ، السنة الحادية والثلاثون ، العدد الرابع ، ص ٢٧٩
وما بعدها .

— ٣٢ —

بم يكون غير المسلم ذميا ؟

٢٥ - أولا - بالعقد الصريح :

بأن يتم عقد الذمة باللفظ أو بسا يقوم مقامه من كتابة أو إشارة كما بينا من قبل ^(١) . كأن يدخل الحربي دار الاسلام ويطلب من الامام عقد الذمة له فيوافق الامام على طلبه ويعقد معه عقد الذمة .

٢٦ - ثانيا - بالقرائن الدالة على رضاه بالذمة ^(٢) .

ومن هذه القرائن ما يأتي : -

أ - الإقامة في دار الاسلام :

الحربي لا يمكن من الإقامة الدائمة في دار الاسلام ، وانما يمكن بالامان من الإقامة اليسيرة ، وقدرها الحنفية والشافعية بأقل من سنة ^(٣) . فاذا أقام المستأمن في دار الاسلام مدة تكفي للكشف عن رغبته في الإقامة الدائمة والدخول في الذمة فانه يصير ذميا دلالة . وهذه الجسلة تحتاج الى شيء من التفصيل لان فيها حالات ، ولكل حالة حكمها ، وهذه هي : -

الحالة الاولى :

إذا أنذر الامام المستأمن بالخروج من دار الاسلام خلال مدة معينة وعند عدم خروجه يصير ذميا . في هذه الحالة نص الفقهاء على صيرورته ذميا اذا تجاوز المدة المقررة له ولم يغادر اقليم الدولة الاسلامية . ويعمل الفقهاء هذا الحكم بان استمرار اقامته في دار الاسلام ، بعد هذا الانذار الصريح ، دلالة واضحة على رضاه بالذمة والبقاء في دار الاسلام ^(٤) .

(١) فقرة (٢١) صحيفة ٢٣ - ٢٤ من هذه الرسالة .

(٢) الكاساني ج٧ ص ١١٠ .

(٣) الهداية ج٤ ص ٣٥١ ، الاحكام السلطانية للماوردي ص ١٤١ . والشافعية قدروا مدة الإقامة بما لا يزيد عن اربعة أشهر بالنسبة للرجال ، أما النساء فلا يتقيد امانهن وبقاؤهن في دار الاسلام بمدة . مغني المحتاج ج٤ ص ٢٣٨ .

(٤) المبسوط للسرخسي ج١٠ ص ٨٤ ، الكاساني ج٧ ص ١١٠ .

الحالة الثانية :

إذا أنذره الامام بالخروج ولم يعين له مدة يغادر خلالها اقليم الدولة . في هذه الحالة ، نص فقهاء الحنفية على أن المعتبر هو مدة الحول ، فإذا أقام المستأمن في دار الاسلام ، بعد انذاره ، مدة سنة صار بعدها ذميا ^(١).

الحالة الثالثة :

إذا لم ينذره الامام بالخروج . في هذه الحالة ، قال بعض الاحناف يصير ذميا باقامته مدة سنة ، لأن الانذار بالخروج ليس بشرط ، وانما الشرط أن يقيم سنة فأكثر فيصير بعدها ذميا ^(٢).

وقال آخرون لا يصير ذميا وان أقام أكثر من سنة ، لأن انذاره بالخروج شرط لجعله ذميا إذا لم يخرج ، وعلى هذا الرأي الامام العتابي ^(٣) ، فقد قال : « لو أقام سنين من غير أن يتقدم اليه الامام بالخروج فله الرجوع الى دار الحرب ولا يصير ذميا » ^(٤). ولفظ الهداية يشعر بالاختصاص برأي العتابي ، فقد جاء فيها : « وإذا مكث سنة فهو ذمي لانه لما أقام سنة بعد تقدم الامام اليه صار ملتزما للجزية فيصير ذميا » ^(٥). وهذا الرأي هو الذي تدل عليه أقوال أئمة الحنفية من ذلك ما قاله الامام أبو يوسف في كتابه الخراج : « وان أقام هذا المستأمن فأطال المقام امر بالخروج ، فإن أقام بعد ذلك حولا وضعت عليه الجزية » ^(٦). وقال الامام الجصاص « قال أصحابنا لا ينبغي

(١) المبسوط للرخسي ج ١٠ ص ٨٤، العناية على الهداية ج ٤ ص ٣٥٢

(٢) حاشية سعدي جلبي على الهداية وشروحا ج ٤ ص ٣٥١ .

(٣) العتابي هو الامام احمد بن محمد بن عمر أبو نصر العتابي البخاري، من أئمة الحنفية وصاحب التصانيف الكثيرة منها جوامع الفقه ، وشرح الجامع الكبير ، وشرح الجامع الصغير . والعتابي نسبة الى دار عتاب محلة ببخاري . مات سنة « ٨٥٦ هـ ببخاري : الجواهر المضية في طبقات الحنفية ج ١ ص ١١٤ .

(٤) فتح القدير ج ٤ ص ٣٥١ .

(٥) الهداية ج ٤ ص ٣٥١ .

(٦) الخراج لابي يوسف ص ١٨٩ .

للامام أن يترك الحربي في دار الاسلام مقبلاً بغير عذر ولا سبب يوجب اقامته ، وان عليه أن يتقدم اليه بالخروج الى داره ، فان أقام بعد التقدم اليه سنة صار ذمياً « (١) .
ما عليه العمل الآن :

المعقول به حالياً في الدول الاسلامية كالعربية المتحدة والسعودية والعراق ، ان غير المسلم الاجنبي لا يصير ذمياً حاملاً جنسية الدولة بمجرد اقامته فيها وان طالت هذه الاقامة ما لم يتقدم هو بطلب التجنس وفق الشروط المقررة في قوانين الجنسية لهذه الدول وتوافق السلطة المختصة على طلبه . وهذا الاتجاه لا يخالف أحكام الشريعة ، لان ما ذكره الفقهاء بصدد اقامة المستأمن واعتبارها طريقاً للدخول في الذمة ، انما هو من قبيل القرائن التي رآها الفقهاء في زمانهم صالحة للدلالة على رضا وموافقة الاجنبي على دخوله في الذمة وصيرورته من تبعة الدولة الاسلامية . فليس الاخذ بهذه القرينة حكماً شرعياً ملزماً للدولة الاسلامية في كل وقت ومكان ، بل للدولة أن تضع الشروط التي تراها مناسبة للدخول في الذمة وحمل جنسيتها ، وهذا ما صرحت به محكمة مصر الابتدائية الشرعية في حكم لها ، جاء فيه : « ... وان طول اقامتهما بالمملكة المصرية لا يغير من تبعيتهما لدولة ايطاليا ولا يجعلهما مصريين ما دام لم يتجنسا بالجنسية المصرية بالاوزاع المقررة لذلك ، وانما يكونا مستأمنين ... » (٢) .

ب - شراء المستأمن في دار الاسلام أرضاً خراجية :
ويصير المستأمن ذمياً اذا اشترى في دار الاسلام أرضاً خراجية فزرعها ووضعت عليها الدولة الخراج . ويعلل الفقهاء هذا الحكم ، بان الخراج وظيفة مالية لا يلتزم بها الا من هو من أهل دار الاسلام ،

- (١) أحكام القرآن للجصاص ج ٣ ص ٨٣ .
- (٢) حكم محكمة مصر الابتدائية الشرعية الصادر في ١٢ مايو سنة ١٩٣٤ ، والمنشور في مجلة المحاماة الشرعية ، السنة السادسة ، ص ١٤٩ وما بعدها .

فشراؤه الارض ووضع الخراج عليها دلالة على رغبته في التوطن والاقامة في دار الاسلام ورضاه بان يكون ذميا من تبعة هذه الدار ^(١) .
وقال بعضهم انما يصير ذميا بشرط تنبيهه بانه في حالة عدم بيعه الارض ورجوعه الى بلاده سيكون ذميا ، اذ لا يصح جعله ذميا بلا رضا منه أو قرينة معتبرة تكشف عن رضاه ^(٢) . وهذا القول هو الراجح الذي ينبغي المصير اليه .
وفي الوقت الحاضر ، لا تأخذ الدول الاسلامية بهذه القرينة ولا تعتبرها طريقا من طرق كسب الجنسية ^(٣) ، اذ ليس في قوانين الجنسية لهذه الدول ما يشير الى الاعتداد بهذه القرينة .

ج - الزواج :

اذا تزوجت الحرية المستأمنة رجلا من أهل دار الاسلام فانها تصير بهذا الزواج ذمية . لان المرأة تابعة لزوجها في المقام والتوطن والتبعية للدار ، فزواجها بمسلم أو ذمي ، وهما من أهل دار الاسلام ، يدل على رضاها بالمقام في هذه الدار على وجه الدوام وصيرورتها ذمية . أما الرجل فانه لا يصير ذميا اذا تزوج ذمية ، لانه ليس بتابع لها فلا يدل زواجه على رضاه بالدخول في عقد الذمة . وعلى هذا نص الاحناف فقد جاء في شرح السير الكبير : « قد بينا أن المرأة تابعة للزوج في المقام ، والزوج لا يكون تابعا لامرأته ، فاذا تزوجت المستأمنة في دارنا مسلما أو ذميا صارت ذمية بخلاف المستأمن اذا تزوج ذمية ... وعلى هذا لو تزوج مستأمن مستأمنة في دارنا ثم صار الرجل ذميا كانت ذمية » ^(٤) وفي المبسوط للسرخسي : « الحرية المستأمنة اذا تزوجت

(١) شرح السير الكبير ج٤ ص ٣٥٣ - ٣٥٤ ، الكاساني ج٧ ص ١١٠ ، الهداية ج٤ ص ٣ ، رد المحتار ج٢ ص ٣٤٦ ، الفتاوي الهندية ج٢ ص ٢٣٥ .

(٢) شرح السير الكبير ج٤ ص ٣٥٤ .

(٣) مثلكن فيما بعد مدى حق الاجنبي في تملك العقار في دار الاسلام .

(٤) شرح السير الكبير ج٤ ص ١١٥ ، وانظر من نفس المرجع ج١ ص ٣٣٨ ، ج٤ ص ٩٥ .

مسلماً أو ذمياً فقد توطنت وصارت ذمية لأن المرأة في السكن تابعة للزوج ألا ترى أنها لا تملك الخروج إلا بأذنه ، فجعلها نفسها تابعة لمن هو من دارنا رضا بالتوطن في دارنا على التأيد ، فرضاها بذلك دلالة كالرضا بطريق الإفصاح فلهذا صارت ذمية «^(١) . أما الخنابلة ، فالظاهر أنهم على خلاف الحنفية فقد جاء في المغني لابن قدامة الحنبلي : « وإذا دخلت الحرية بأمان وتزوجت في دارنا ذمياً ثم أرادت الرجوع لم تمنع إذا رضي زوجها أو فارقها . وقال أبو حنيفة تمنع »^(٢) .

ودخول المرأة في الذمة عن طريق الزواج يشبه دخول المرأة في جنسية الزوج بالزواج ، في الدول الإسلامية الحاضرة . فقد نصت قوانين الجنسية فيها على اكتساب المرأة جنسية زوجها . ففي السعودية : نصت المادة ١٦ من نظام الجنسية العربية السعودية لسنة ١٣٧٤ هـ « تكتسب المرأة الأجنبية بالزواج جنسية زوجها السعودي » . وفي الجمهورية العربية المتحدة لا تكتسب الأجنبية بزواجها جنسية زوجها المتمتع بجنسية العربية المتحدة إلا إذا أعلنت رغبتها إلى وزير الداخلية في كسب هذه الجنسية واستمرت الزوجية قائمة مدة سنتين من تاريخ الاعلان ولم يرفض وزير الداخلية طلبها^(٣) .

وفي العراق تكتسب الأجنبية جنسية زوجها العراقي بشرط موافقة وزير الداخلية ، فإذا ما وافق اكتسبتها من تاريخ الموافقة^(٤) ، ومعنى هذا أن المرأة لا بد أن تتقدم بطلب بهذا الخصوص فاما أن يقبل واما

(١) المبسوط ج ١٠ ص ٨٤ . وانظر أيضا الكاساني ج ٧ ص ١١٠ ، الهداية وفتح القدير ج ٤ ص ٣٥٣ ، شرح الكنز للعيني ج ١ ص ٣١٧ .

(٢) المغني ج ٨ ص ٤٠٢ .

(٣) المادة ١٣ من القانون رقم ٨٢ لسنة ١٩٥٨ . ويلاحظ أن وزير الداخلية له أن يرفض الطلب بقرار مسبب قبل مضي السنتين ، وهذا ما نصت عليه نفس هذه المادة .

(٤) المادة ١٧ أ - من قانون الجنسية العراقي رقم ٤٢ لسنة ١٩٢٤ : « إذا تزوجت المرأة الأجنبية من عراقي فتكتسب الجنسية العراقية من تاريخ موافقة وزير الداخلية على اكتسابها هذه الجنسية » .

أن يرفض .

والحق ان اتجاه هذه الدول ، في هذه المسألة ، كله سائق بقدر ما يتعلق الامر بالاجنية غير المسلمة اذا تزوجت بمواطن من أبناء هذه الدول ^(١) . فالدولة الاسلامية لها الحق ، على ضوء ما تراه من المصلحة ، في قبول أو رفض تجنس المرأة الاجنية بجنسية زوجها الذي هو من رعاياها .

٢٧ - ثالثا - الذمة بالتبعية :

هناك حالات يكون فيها غير المسلم ذميا بحكم القانون الاسلامي تبعا لغيره لعلاقة تستوجب هذه التبعية ، فمن ذلك :

أ - الاولاد الصغار :

نص فقهاء الحنفية على أن الاولاد الصغار يدخلون في الذمة تبعا لآبائهم أو امهاتهم اذا دخلوا في الذمة . فقد جاء في السير الكبير وشرحه : « ولو دخل حربي مع امرأته دارنا بأمان ومعهما أولاد صغار وكبار ، فأسلم أحدهما فالصغار من الاولاد صاروا مسلمين تبعا للذي أسلم منهما . . ولو صار أحدهما ذميا كان الصغار من الاولاد ذميين تبعا له » ^(٢) . ويعلل الاحناف ذلك ، بقولهم : « لان عقد الذمة فيه التزام أحكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات ، والصغير في مثل هذا يتبع خير الوالدين » ^(٣) .

والحنابلة ذهبوا الى ما ذهب اليه الاحناف ، ففي المغني لابن قدامة الحنبلي : « ومن بلغ من أولاد أهل الذمة أو أفاق من مجانينهم ،

(١) ويلاحظ هنا أن هذه الدول الاسلامية تجري في مسائل الجنسية وفق قواعد وضعية ، وهذه القواعد تقضي بأن الاجنبي هو كل من لا يتمتع بجنسية الدولة ولو كان مسلما ، وعليه ان يخضع لاحكام قواعد الجنسية اذا اراد اكتساب جنسية الدولة . ولا شك ان هذا الاتجاه يخالف المقرر في الفقه الاسلامي من أن المسلم يعتبر من أهل دار الاسلام أينما كان .

(٢،٣) شرح السير الكبير ج ٤ ص ١١٩ - ١٢٠ .

فهو من أهلها بالعقد الاول لا يحتاج الى استئناف عقد له «^(١) . ومذهب المالكية ، على ما يظهر ، كمذهب الحنابلة والاحناف ، فقد جاء في القوانين الفقهية لابن جزي « لا يعقد الذمة الا الامام ، ولا تعقد الا لكافر حر بالغ ذكر . . فأما المرأة والعبد والصبي فهم أتباع ولا جزية عليهم »^(٢) .

وعند الشافعية وجهان في دخول ولد الذمي في الذمة تبعا ، فقد جاء في فتح العزيز : « واذا بلغ ولد ذمي فهو في أمان . . فهل يحتاج الى استئناف عقد أم يكفي بمقد الذمة ؟ فيه وجهان »^(٣) . وقد رد صاحب المغني على القول بتجديد عقد الذمة للصغار اذا بلغوا ، بأنه لم يأت عن النبي (ص) ولا عن أحد من خلفائه تجديد العقد لهؤلاء ، وبأن «الصغار دخلوا في العقد الاول فلا حاجة الى تجديده عند بلوغهم»^(٤) . هذه هي أحكام الفقه الاسلامي في دخول صغار أهل الذمة في الذمة تبعا ، وهي تشبه المطبق حاليا في الدول الاسلامية من جهة اكتساب صغار الاجنبي الجنسية الجديدة التي يكتسبها . ففي العراق ، نص قانون الجنسية العراقي على أنه : «اذا اكتسب أجنبي الجنسية العراقية، يصبح أولاده الصغار عراقيين»^(٥) . وهذا الحكم يشبه ما ذهب اليه الحنابلة والاحناف .

وفي السعودية ، اذا اكتسب الاجنبي جنسية هذه الدولة فان صغاره يكتسبونها تبعا له اذا كانت اقامتهم فيها . ولهم عند البلوغ حق اختيار جنسية والدهم الاصلية . واذا كانت اقامتهم خارج هذه الدولة فلهم حق اختيار جنسية والدهم الجديدة^(٦) .

وفي الجمهورية العربية المتحدة ، اذا اكتسب الاجنبي جنسية

(١) المغني ج ٨ ص ٥٠٨ .

(٢) القواعد الفقهية لابن جزي ص ١١٥ .

(٣) فتح العزيز ج ١٦ ص ١٢٠ ، المهذب ج ٢ ص ٢٦٨ .

(٤) المغني ج ٨ ص ٥٠٨ .

(٥) المادة ١٨ - ١ - من قانون الجنسية العراقي .

(٦) المادة ١٤ من نظام الجنسية العربية السعودية .

الجمهورية العربية المتحدة فإن اولاده الصغار يتمتعون بها أيضا الا اذا كانت اقامتهم العادية في الخارج وبقيت لهم ، بمقتضى تشريع البلد الذي هم تابعون له ، جنسية أبيهم الاصلية . ويسوغ المولد الذي قررت له الجنسية أن يقرر اختيار جنسيته الاصلية خلال السنة التالية لبلوغه سن الرشد^(١). وهذه الاحكام المقررة في السعودية والجمهورية العربية المتحدة ، لها بعض الشبه بما هو مقرر في الفقه الشافعي :

ب - الزوجة :

اذا صار الزوج من أهل دار الاسلام ، بأن أسلم او صار ذميا ، فإن زوجته تصير ذمية . لانها تابعة لزوجها في التوطن والاقامة ، فاذا صار زوجها من أهل دار الاسلام ، فإن اقامته الدائمة ستكون في هذه الدار ، وحيث أن الزوجة تتبعه في هذه الاقامة ، ولا تتأني لها الابالذمة فانها تصير ذمية تبعا له . وعلى هذا نص الاحناف ، ففي السير الكبير وشرحه : « ولو أن زوجين مستأمنين في دار الاسلام وأسلم الزوج وهي من أهل الكتاب فأرادت الرجوع الى دار الحرب لم يكن لها ذلك . لانه بعد اسلام الزوج النكاح مستدام بينهما ، فهي مستأمنة تحت مسلم فتصير ذمية ، لان المرأة في المقام تابعة لزوجها بمنزلة ما لو تزوجت بمسلم ابتداء . وكذلك اذا صار الزوج ذميا لان الذمي من أهل دارنا كالمسلم »^(٢).

وفي الجمهورية العربية المتحدة في الوقت الحاضر ، لا يترتب على كسب الاجنبي الجنسية العربية اكتساب زوجته هذه الجنسية ما لم تعلن وزير الداخلية برغبتها في اكتساب جنسية زوجها الجديدة ، وبشرط أن تستمر الزوجية قائمة مدة سنتين من تاريخ الاعلان . ولوزير الداخلية

(١) مادة ١٢ من القانون رقم ٨٢ لسنة ١٩٥٨ .

(٢) السير الكبير وشرحه ج ٤ ص ٩٥ . ولم أقف على نص لغير الاحناف في هذه المسألة سوى ما ذكرته عن الحنابلة فيما اذا تزوجت الحرة المستأمنة في دارنا ذميا وارادت الرجوع فلا تمنع اذا رضي زوجها ، كما ذكرنا من قبل ، وهذا النص يدل على ان الحنابلة لا يأخذون بتبعية الزوجة لزوجها في الدمة .

رفض الطلب بقرار مسبب قبل فوات الستين^(١) .
وفي العربية السعودية ، ينص نظام الجنسية ، على أنه « يترتب على اكتساب الاجنبي الجنسية العربية السعودية أن تصبح زوجته عربية سعودية ما لم تقرر خلال سنة من دخول زوجها في الجنسية العربية السعودية أنها ترغب في الاحتفاظ بجنسيتها الاصلية »^(٢) .
وفي العراق لم ينص قانون الجنسية العراقي على اكتساب الاجنبية الجنسية العراقية اذا ما اكتسبها زوجها الاجنبي^(٣) . ومعنى هذا أنها لا تتبعه في الجنسية بحكم القانون وانما لها أن تطلبها عن طريق التجنس بشروطه القانونية .

ج - اللقيط :

عند الحنفية ، يعتبر اللقيط ذميا اذا وجد في مكان أهل الذمة كقرية من قراهم أو معبد من معابدهم . وروي عن الامام محمد أنه قال : « يعتبر حال الواحد فاذا كان ذميا اعتبر اللقيط ذميا تبعا له »^(٤) .
وعند الزيدية والشافعية والحنابلة ، يعتبر اللقيط مسلما ، اذا وجد في أي مكان من دار الاسلام ما دام فيه مسلم^(٥) ، فان لم يكن في المكان سوى غير المسلمين لم يحكم باسلامه . ففي المغني لابن قدامة الحنبلي : « قال ابن المنذر : أجمع عوام أهل العلم على أن الطفل اذا وجد في بلاد المسلمين ميتا في أي مكان وجد ، أن غسله ودفنه في مقابر المسلمين يجب . وقد منعوا أن يدفن أطفال المشركين في مقابر المسلمين . قال : اذا وجد لقيط في قرية ليس فيها الا مشرك فهو على ظاهر ما حكموا

(١) مادة ١٢ من القانون رقم ٨٢ لسنة ١٩٥٨ .

(٢) مادة ١٤ من نظام الجنسية العربية السعودية .

(٣) جاء في المادة ١٨ - أ - من قانون الجنسية العراقي : « اذا اكتسب اجنبي الجنسية العراقية يصبح اولاده الصغار عراقيين » . وهذه المادة لم تذكر شيئا عن زوجته ، ومعنى ذلك أنها لا تكتسب جنسية زوجها بالتبعية .

(٤) الفتاوى الهندية ج ٢ ص ٢٣٥ .

(٥) البحر الزخار ج ٤ ص ٢٨٧ . والمغني ج ٥ ص ٦٨٠ - ٦٨١ .

به أنه كافر» (١).

٢٨ - رابعا - الذمة بالقلبة والفتح :

وهذا النوع من الذمة يكون فيما اذا فتح المسلمون بلادا غير اسلامية ورأى إمام المسلمين ترك أهل هذه البلاد أحرارا بالذمة وضرب الجزية على رؤوسهم والخراج على أراضيهم ، كما فعل عمر بن الخطاب (رض) عندما فتح سواد العراق (٢).

٢٩ - شرائط عقد الذمة :

اشترط الحنفية والشافعية والزيدية التأييد لصحة عقد الذمة، فلا يصح اذا كان موقوتا ، لان عقد الذمة في افادة العصمة والالتزام بأحكام الاسلام كالخلف عن عقد الاسلام ، والاسلام لا يصح الا مؤبدا فكذا عقد الذمة (٣). والحنابلة لم يذكروا هذا الشرط صراحة الا أنهم وصفوا عقد الذمة بالتأييد في أثناء كلامهم عنه ، فقالوا : لا يصح عقد الذمة الا من الامام أو نائبه لانه عقد مؤبد (٤). أما الفقهاء الآخرون ، من المذاهب الاخرى ، فلم أقف على قول صريح لهم حول هذا الشرط ، فكأنهم تركوا التصريح به باعتبار أن التأييد من مقتضى عقد الذمة وطبيعته . ويشترط الحنابلة لصحة عقد الذمة شرطين آخرين : احدهما التزام اعطاء الجزية كل سنة . والثاني التزام أحكام الاسلام . فاذا عقد على غير هذين الشرطين لم يصح لقوله تعالى : «حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون» . والصغار جريان أحكام الاسلام عليهم (٥).

وهذا قول الشافعية أيضا الا أنهم قالوا : ان لزوم هذين الشرطين انما هو في حق الرجل ، أما في حق المرأة فيكفي شرط الاتقياد لحكم

(١) المغني ج ٥ ص ٦٨١ .

(٢) الكاساني ج ٧ ص ١١١ ، ١١٩ .

(٣) البحر الزخار ج ٥ ص ٤٥٨ ، الكاساني ج ٧ ص ١١١ ، مغني

المحتاج ج ٤ ص ٢٤٣ ، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ج ٧ ص ٢٣١ .

(٤) المغني ج ٨ ص ٥٠٥ .

(٥) كشف القناع ج ١ ص ٧٠٤ ، المحرر ج ٢ ص ١٨٢ .

الاسلام اذ لا جزية على المرأة • بل قالوا إن القول الاصح في المذهب هو عدم اشتراط حتى شرط الانقياد لحكم الاسلام ، لان التزام أحكامه من مقتضيات عقد الذمة ، والتصريح بمقتضى العقد لا يشترط لصحته ، ولكن يشترط ذكر مقدار الجزية (١) .

والحنفية لم يشترطوا هذين الشرطين ، وانما اكتفوا بالقول بأن عقد الذمة سبب وجوب الجزية ، وانه بالنسبة لالتزام أحكام الاسلام كالخلف عن الاسلام (٢) .

والراجح هو قول الشافعية لقوة ما استدلوا به ولان مقدار الجزية مفوض الى رأي الامام فكان في ذكره فائدة •

٣ - صفة عقد الذمة وما ينتقض به :

عقد الذمة عقد لازم في حق المسلمين فلا يملكون نقضه ما لم يظهر من الذمي ما يقتضي نقضه • وأما في حق الذمي فهو عقد غير لازم اذ يحتل النقض من جهته •

والفقهاء مختلفون في بعض ما ينتقض به هذا العقد • فعند الحنفية ينتقض باسلام الذمي • وهذا أمر واضح ، ومع وضوحه فقد ذكره وقالوا في تعليقه : « لان الذمة عقدت وسيلة الى الاسلام ، وباسلامه حصل المقصود فلا يبقى عقد الذمة » • وكذلك ينتقض بلحاق الذمي بدار الحرب • اذ بهذا اللحاق تنقطع صلته بدار الاسلام ويصير من أهل

(١) المهذب ج ٢ ص ٢٧٠ ، مغني المحتاج ج ٤ ص ٢٤٢ - ٢٤٣ •

(٢) الكاساني ج ٧ ص ١١١ ، ١١٩ ، شرح السير الكبير ج ١ ص ١٢٨ ، ج ٣ منه ص ٣٠١ • والسبب في اللغة ما يتوصل به الى غيره • وفي اصطلاح الاصوليين معنى ظاهر منضبط جعله الشارع اشارة للحكم • وهو بهذا الاطلاق يشمل الوصف المناسب للحكم وغير المناسب له ، فمن الاول وصف الاسكار بالنسبة لتحريم الخمر ، ومن الثاني دلوك الشمس لوجوب صلاة الظهر • ومن الاصوليين من قصر السبب على ما ليس بينه وبين المسبب مناسبة ظاهرة ، أما ما كان بينهما مناسبة فيطلقون عليه اسم العلة : مباحث الحكم عند الاصوليين لاستاذنا محمد سلام مذكور ص ١٣٥ - ١٣٦ ، ومؤلفنا الوجيز في اصول الفقه ص ٤٤ - ٤٧ •

تلك الدار . ويتنقض كذلك بغلبة الذميين على موضع لمحاربة المسلمين
اذ بهذه المحاربة يصير الذميون حربا على الدولة الاسلامية فيعري عقد
الذمة عن الفائدة — وهي دفع شر حراتهم — فلا يبقى العقد ^(١) .

أما غير الحنفية فقد توسعوا فيما ينتقض به عقد الذمة ، وذكروا
أشياء لم يرها الاحناف ناقضة للعقد ، من ذلك : امتناع الذمي عن أداء
الجزية ، وطلعه في الاسلام أو القرآن ، أو سب الله تعالى ، أو ذكر
رسوله (ص) بسوء ، أو قطعه الطريق على مسلم أو فتته له عن
دينه ... الخ ^(٢) . والاحناف يردون على هؤلاء الفقهاء بأن هذه
الافعال معاص يرتكبها الذمي وهي دون الكفر في القبح والحرمة ، وقد
بقي العقد مع الكفر فمع المعصية أولى . ويقولون عن ذكر الرسول (ص)
بسوء ، أنه من الذمي زيادة كفر ، والعقد يبقى مع أصل الكفر فيبقى مع
الزيادة . أي أن الكفر المقارن لعقد الذمة لا يمنع انعقاده في الابتداء ،
فكذا الكفر الطاريء لا يرفعه في حال البقاء بطريق أولى . أما الامتناع
عن الجزية فيقول الاحناف عنه ، يحمل على العجز عن الاداء فلا ينتقض
العقد بالشك والاحتمال ، ولأن الغاية التي ينتهي اليها قتال الحريين هي
قبولهم عقد الذمة والتزامهم أداء الجزية ، والالتزام بأدائها باق فيبقى
العقد ^(٣) .

- (١) الكاساني ج ٧ ص ١١٢ ، ١١٣ الهداية وفتح القدير ج ٤ ص ٣٨٢ .
(٢) انظر فيما ينتقض به عقد الذمة : عند الشافعية : مغني المحتاج ج ٤
ص ٢٥٨ - ٢٥٩ . وعند الحنابلة : كشف القناع ج ١ ص ٧٣٧ -
٧٤٣ ، وشرح منتهى الارادات ج ١ ص ٧٤٤ ، والمغني ج ٨ ص ٥٢٥ -
٥٢٦ ، والصارم السلول على شاتم الرسول ص ١٢ وما بعدها . وفي
فقه المالكية : شرح الخرشي وحاشية العدوي ج ٣ ص ١٤٩ - ١٥٠ .
وفي فقه الشيعة الامامية : جواهر الكلام . في باب الجهاد ، المجلد
المطبوع سنة ١٢٧٢ هـ . وفي نزهة الزيدية ، البحر الزخار ج ٥ ص
٤٦٣ ، وشرح الازهار ج ٤ ص ٥٦٩ - ٥٧١ .
(٣) الكاساني ج ٧ ص ١١٣ ، الهداية وفتح القدير ج ٤ ص ٣٨٠ . وقد
اختار بعض الحنفية انتقاض الذمة بسبب النبي (ص) : شرح الكنز
للميني ج ١ ص ٣٢٢ .

وقول الاحناف هو ما نرجحه لقوة ما استدلوا به ، ولان الذمي صار من أهل دار الاسلام فاذا ارتكب ما يستوجب عقابه عوقب ، سواء أكانت العقوبة قتلا أم غيره .

٣١ — ويلاحظ هنا أن الفقهاء حتى المتوسعين فيما ينتقض به عقد الذمة ، يرون اقتصار حكم النقض على من فعل ما يستوجب النقض ، فلا يسري على غيره ممن دخل في الذمة تبعا كالأولاد الصغار مثلا . ويقول الشافعية في تعليل ذلك : « ان نفسه وماله وأولاده جميعا كانت في أمان فلما ارتفع الأمان عن نفسه لنقضه العهد والتحاقه بدار الحرب فيبقى في الولد والمال . هذا ظاهر المذهب ، وقطع به بعضهم » ^(١) . ونزيد على هذا التعليل أن الأصل المقطوع به في الشريعة الاسلامية هو عدم مؤاخذه الانسان بجريرة غيره قال تعالى : « ألا تزر وازرة وزر اخرى » ^(٢) . فاذا ارتكب الذمي ما ينتقض به عهده ، فمن العدل الذي جاءت به الشريعة أن لا يسري أثر هذا النقض الى غيره كالأولاد وزوجته ولو أنهم دخلوا في الذمة تبعا ، لان دخولهم في الذمة على هذا الوجه كان على سبيل النظر لهم فلا يكون من المصلحة لهم اخراجهم من الذمة تبعا .

٣٢ — وأحكام نقض الذمة التي قال بها الفقهاء تشابه أحكام إسقاط الجنسية في الوقت الحاضر . ففي الجمهورية العربية المتحدة ، تسقط الجنسية عن يتمتع بها في الحالات المنصوص عليها في قانون الجنسية كما في حالة عمله لمصلحة دولة أجنبية وهي في حالة حرب مع الجمهورية العربية المتحدة ، أو كانت العلاقات السياسية قد قطعت

(١) فتح العزيز ج ١٦ ص ١٠٨ ، ونفس المرجع ج ١٤ ص ١٨٩ .

(٢) سورة النجم ج ٢٧ ، الآية ٣٨ .

معهما^(١) . أما أثر هذا الاسقاط على الاولاد الصغار والزوجة ، فيختلف باختلاف أسباب الاسقاط ، ففي بعض الحالات يسري أثر هذا الاسقاط الى الاولاد والزوجة فتسقط عنهم الجنسية، وفي حالات اخرى لا يسري عليهم هذا الحكم فلا تسقط عنهم الجنسية^(٢) .

وفي العراق ، نص قانون الجنسية ، على حالات اسقاط الجنسية ، ومنها قبوله خدمة عسكرية أو ملكية في دولة أجنبية، أو تجنسه بجنسية أجنبية^(٣) . ويترتب على هذا الاسقاط سقوط الجنسية عن أولاده الصغار دون زوجته، وللصغير طلب استردادها في ظرف سنتين من بلوغه سن الرشد^(٤) .

وفي العربية السعودية ، تسقط الجنسية السعودية عن صاحبها في حالات، نص عليها نظام الجنسية، كالعمل في القوة المسلحة لدولة أجنبية . وفي بعض حالات اسقاط الجنسية لا تسقط عن الاولاد القصر ولا عن الزوجة ، وفي حالات اخرى تسقط عنهم^(٥) .

(١) المادتان ١٧ ، ٢٢ من القانون رقم ٨٢ لسنة ١٩٥٨ ، ونصت المادة ٢٣ منه : يجوز بقرار من وزير الداخلية ، لأسباب هامة يقدرها ، اسقاط جنسية الجمهورية العربية المتحدة عن كل شخص متمتع بها يكون غادر الجمهورية بقصد عدم العودة اذا جاوزت غيبته في الخارج ستة أشهر . وذلك بعد اخطاره بالعودة ولم يرد أو رد بأسباب غير مقنعة خلال ثلاثة أشهر من تاريخ اخطاره .

وهناك حالات اخرى تسقط فيها الجنسية عن اكتسبها بطريق التجنس اذا ارتكب بعض الافعال المنصوص عليها في المادة ٢١ خلال السنوات الخمس التالية لتاريخ دخوله في الجنسية .

(٢) المواد ٢١ - ٢٤ من القانون السالف الذكر .

(٣) المادتان ١٣ ، ١٥ من قانون الجنسية العراقي .

(٤) المادة ١٨ - ب من قانون الجنسية العراقي .

(٥) انظر المواد ١١ ، ١٢ ، ١٣ ، ١٩ ، ٢١ ، ٢٢ ، ٢٣ ، من نظام الجنسية

العربية السعودية وقد جاء في المادة الاخيرة : يترتب على سحب الجنسية العربية السعودية من المتجنس بها زوال هذه الجنسية عن صاحبها وسحبها ايضاً ممن كان قد كسبها من التجنس بطريق التبعية .

لِبَحْثُ الثَّانِي

المستامنون

٣٣ - استأمنه طلب منه الامان ^(١) . والمستأمن بكسر الميم : هو الطالب للامان ، ويصح بالفتح بمعنى اسم مفعول ، والتاء للصيرورة أي صار آمنا ^(٢) .

والاصل في الامان قوله تعالى : « وإن أحد من المشركين استجارك فأجره حتى يسمع كلام الله ثم أبلغه مأمنه » . وقوله عليه الصلاة والسلام « ذمة المسلمين واحدة يسي بها ادناهم » ^(٣) .

وهذا الامان ، أمان موقت بخلاف الامان بعقد الذمة ، اذ أنه مؤبد ، لان عقد الذمة يشترط له التأييد كما قلنا من قبل ^(٤) .

وينعقد هذا الامان بكل لفظ يفيد هذا المعنى صريحا كان أو كناية ، كما ينعقد بالكتابة والرسالة والاشارة ^(٥) . ومتى انعقد الأمان فقد تم وأمكن تنفيذه حالا . وللحربي المستأمن أن يعمل بمقتضاه

(١) المصباح المنير ج ١ ص ٣٤ ، المنجد ص ١٦ .

(٢) رد المحتار ج ٣ ص ٣٤١ .

(٣) كشف القناع ج ١ ص ٦٩٤ ، والبحر الزخار ج ٥ ص ٤٥١ . والآية في سورة التوبة ج ١٠ الآية ٦ .

(٤) فقرة ٢٩ ص ٤١ من هذه الرسالة .

(٥) جاء في فتح العزيز ج ١٦ ص ٩٩ - ١٠٠ : « ينعقد الأمان بكل لفظ معد للعرض صريحا كان أو كناية . وينعقد الأمان بالكتابة والرسالة أيضا سواء كان الرسول مسلما أو كافرا ، وينعقد أيضا بالاشارة » . وفي منح الجليل شرح مختصر خليل للشيخ عيش ج ١ ص ٧٣٠ - ٧٣١ : « ثم الامان يكون بلفظ أو اشارة مفهومة أي شأنها فهم العدو الامان منها وان قصد المسلمون بها ضره ، كفتحنا المصحف وحلفنا ان نقتله فظنوه تأمينا فهو تأمين ... » . ومثله في شرح الزرقاني على مختصر خليل ج ٣ ص ١٢٣ .

وفي شرح الزهار ج ٤ ص ٥٦٠ : « ولو باشارة ، أو اذا قال المسلم للمشرك تعال الينا فانه يكون امانا للمدعو ، كما لو قال امنتك أو انت آمن أو في امان أو لا خوف عليك .. » .

والمغني ج ٨ ص ٣٩٧ ، ٤٠٢ ، وشرح السير الكبير ج ١ ص ٢٤٢ . ٢٤٤ ، ٢٤٦ .

- ٤٧ -

فيدخل دار الاسلام آمنًا ولا يجوز التعرض له بسوء ، ويجب على المسلمين رعاية هذا الامان ومقتضاه ما دام قائما ^(١) .

٣٤ - انواع الامان الموقت :

الامان الموقت ، الذي يكون به الحربي مستأمنًا ، اما أن يحصل عليه صراحة من المسلمين واما أن يحصل عليه بالتبعية لغيره واما أن يحصل عليه بدلالة العرف والعادة . والامان الصريح قد يكون خاصا أو عاما ، وقد يكون عن طريق المودعة . وتكلم فيما يلي عن كل نوع بإيجاز .

٣٥ - أولا - الامان الموقت الخاص :

وهو الذي يعطى لحربي واحد أو عشرة أو قافلة صغيرة أو حصن صغير ^(٢) . وللمسلم الولاية على اعطاء مثل هذا الامان لقوله عليه الصلاة والسلام « المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسمي بذمتهم أدباهم » ^(٣) . ولا يجوز لغير المسلم إعطاء هذا الامان وإن كان ذميا يقاتل مع المسلمين ، وعلى هذا إجماع الائمة الاربعة ومعهم الشيعة الامامية والزيدية ، لان النبي (ص) جعل الذمة للمسلمين فلا تكون لغيرهم ، فقد جاء في الحديث الشريف « ذمة المسلمين واحدة يسعى بها أدناهم » . إلا أن الحنفية أجازوا امان الذمي اذا أمره به مسلم لان الذمي

(١) البحر الزخار ج ٥ ص ٤٥٤ ، الكاساني ج ٧ ص ١٠٧ ، ١٠٩ ،

كشف القناع ج ١ ص ٦٩٤ ، شرح منتهى الإرادات ج ١ ص ٧٣٣ .

(٢) المغني ج ٨ ص ٣٩٨ ، المحرر ج ٢ ص ١٨٠ ، متن المنهاج ج ٤

ص ٢٣٧ ، فتح العزيز ج ١٦ ص ١٩٨ ، منح الجليل للشيخ عليش

ج ١ ص ٧٢٩ ، الزرقاني على مختصر خليل ج ٣ ص ١٢٢ ، السياسة

الشرعية للمرحوم خلاف ص ٦٧ .

(٣) شرح الازهار ج ٤ ص ٥٥٩ وما بعدها ، شرح الزرقاني على مختصر

خليل ج ٣ ص ١٢٢ ، والشيخ عليش ج ١ ص ٧٢٩ ، كشف القناع

ج ١ ص ٦٩٥ ، المغني ج ٨ ص ٣٩٦ ، ٣٩٧ ، الهداية ج ٤ ص ٢٩٨ .

مغني المحتاج ج ٤ ص ٢٣٧ ، شرح منهج الطلاب ج ٤ ص ٢٦٤ .

المهذب ج ٢ ص ٢٥١ ، والبحر الزخار ج ٥ ص ٤٥٢ .

وحديث « المسلمون تتكافأ دماؤهم ... » رواه أحمد وأبو داود

والترمذي : مسند أحمد مطبعة الاخوان ج ١٦ ص ٣٣ ، سنن أبي

داود ج ١٦ ص ٣٢٨ ، الترمذي ج ٨ ص ٢٠ ، ٢٤ .

بهذا الامر صار مالكا للامان فيكون بمنزلة المسلم^(١) .

ويشترط لصحة امان المسلم أن يكون بالغاً عاقلاً ذكراً كان أو انثى^(٢) . واشترط المالكية لصحة الامان ان لا يكون فيه ضرر على المسلمين ، فلو أمن المسلم جاسوساً أو غليعة أو من فيه مضرة لم ينعتقد الامان^(٣) . وهذا شرط حسن يتفق مع أصل المصلحة المرسله المأخوذ به في الفقه المالكي . وأصل المصلحة من اصول التشريع المهمة في الشريعة الاسلامية التي تشهد له بالصحة لدلائل الشريعة المختلفة .

٣٦ - وتساءل هنا ، هل يجوز قصر منح الامان على الامام على وجه لا يصح منحه من غيره ؟ .

الواقع ان تأمين الحربي ، ودخوله دار الاسلام بناء على هذا

(١) المدونة الكبرى ج ٣ ص ٤١ ، شرح الخروشي ج ٣ ص ١٢٣ والشيخ عليش ج ١ ص ٧٣٠ ، الكاساني ج ٧ ص ١٠٦ ، الهداية وفتح التقدير ج ٤ ص ٣٠٠ ، شرح السير الكبير ج ١ ص ١٧٢ ، ١٩١ ، رد المحتاج ج ٣ ص ٣١٤ - ٣١٥ ، المغني ج ٨ ص ٣٩٨ ، كشاف القناع ج ١ ص ٦٩٤ ، شرح منتهى الارادات ج ١ ص ٧٣٦ ، فتح العزيز ج ١٦ ص ٩٩ ، مغني المحتاج ج ٤ ص ٢٣٧ ، شرح منهج الطلاب ج ٤ ص ٢٦٤ ، شرح الازهار ج ٤ ص ٥٥٩ - ٥٦٠ ، جواهر الكلام ، المجلد المطبوع سنة ١٢٧٢ هـ ، في باب الجهاد فقد جاء فيه : وان أمنهم ذمي او مشرك كان مع المسلمين في عسكرهم فلا امان له .

(٢) المغني ج ٨ ص ٣٩٦ ، كشاف القناع ج ١ ص ٦٩٤ ، الام للشافعي ج ٤ ص ١٩٦ ، الماوردي ص ١٤١ ، فتح العزيز ج ١٦ ص ٩٨ ، ٩٩ ، الفتاوى الخانية ج ٣ ص ٥٦٤ ، الفتاوى الهندية ج ٢ ص ١٩٨ ، الكاساني ج ٧ ص ١٠٦ - ١٠٧ ، الهداية وفتح التقدير ج ٤ ص ٢١٨ سفينة النجاة ج ٢ ص ٤٣٦ ، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية في فقه الشيعة الامامية ، الجزء الاول - بحث الامان .

(٣) منح الجليل ، شرح مختصر خليل ، للشيخ محمد عليش ج ١ ص ٧٣٠

الأمان ، أمر يتعلق بمصلحة الدولة وشؤونها ، والامام هو المشرف على شؤون الدولة الناظر في مصالحها ، فينبغي أن لا يخرج هذا التصرف عن نظره ورقابته وتقديره . وقد قال الفقهاء ان الامام ينقض أمان المستأمن اذا كان فيه مفسدة او ضرر على المسلمين ، كما له نقضه عند خوف خيانة من أعطيه ^(١) . ومعنى ذلك أن للامام رقابة على الأمان ، وأن تأمين آحاد المسلمين ليس مطلقا وانما يخضع لتقديره ونظره . فلم لا يكون هذا التقدير من الابتداء ، فيكون للامام — بناء على مصلحة يراها — منع آحاد المسلمين من التأمين ؟

ثم وجدنا بعض المالكية يذهب الى أن الأصل في الأمان أن يكون بيد الامام وحده ، فان صدر عن غيره نظر الامام فيه : فاما أن يلغيه واما أن يعضيه ، فقد جاء في شرح مختصر خليل للشيخ عlish ما نصه : « وان لم يؤمن غير الامام اقلية بأن آمن عددا محصورا ، فهل يجوز تأمينه ابتداء ويمضي ولا نظر للامام فيه ، وعليه اي جوازه ابتداء الاكثر ، أو لا يجوز ابتداء ولكن يمضي ان أمضاه الامام ؟ ظاهر خلافه انها فيمن سوى الامام ولو مستوفيا لشروط التأمين بأن كان حرا مسلما عاقلا بالغنا ذكرا . ابن حبيب : لا ينبغي لغير الامام التأمين ابتداء وان وقع نظر الامام » ^(٢) . فهذا القول ، وهو مذهب اليه بعض المالكية ، صريح في أن الأمان يملكه الامام ، فلا يجوز ابتداء من قبل آحاد المسلمين ، ولكن اذا وقع نظر الامام فيه : فاما أن يجيزه واما أن يلغيه . ولكن اذا نهى الامام الناس عن تأمين الحربي ، بناء على مصلحة يراها ، فهل يعتبر أمانهم بعد النهي باطلا لا يترتب عليه اثره ؟ قال المالكية : « اذا نهى الامام الناس عن التأمين فأمنوا فانه لا ينفذ

(١) الهداية ج ٤ ص ٣٠٠ ، الكاساني ج ٧ ص ١٠٧ ، كشف القناع ج ١ ص ٦٩٥ ، مغني المحتاج ج ٤ ص ٢٣٨ ، سفينة النجاة ج ٢ ص ٤٣٥ ، شرح اللعة ج ١ مبحث الامان من كتاب الجهاد .
(٢) الشيخ عlish ، المرجع السابق ، ج ١ ص ٧٢٩ .

الا اذا أمضاه الامام ، فان لم يمضه رده الى مأمنه » (١) . فالنهي من الامام عن التأمين يجعل ما يعقده الافراد من أمان موقوفا على اجازة الامام .

ولكن الزيدية ذهبوا الى أبعد مما ذهب اليه المالكية ، فعندهم لا ينعقد أمان آحاد الرعية اذا نهاهم الامام عنه ، فقد قالوا : « واذا نهى الامام عن أمان قوم أو شخص لم يكن لأحد أمانه . فان فعل لم يتعقد لوجوب طاعة الامام ، فان أمّنه جاهلا رد مأمنه لأجل الشبهة » (٢) . فأمان المسلم باطل بعد نهى الامام الناس عن التأمين ، وانما رد الحربي الى مأمنه دون أن يعامل معاملة الداخل بلا أمان لأجل الشبهة وهي جهل المؤمن عن النهي . أما لو علمه المؤمن والمؤمن فانه يعامل ، في هذه الحالة ، معاملة من يدخل دار الاسلام بلا أمان . فقد جاء في شرح الازهار في فقه الزيدية : « . . أو أمنه قبل نهى الامام لاصحابه عن أن يؤمنوا أحدا . . فان اختل قيد من هذه القيود التي تقدمت رد مأمنه غالبا ، احترازا من أمان عقد بعد نهى الامام عن الامان وعلمه المؤمن والمؤمن فانه لا يرد مأمنه بل يجوز قتله . وأما لو علم أحدهما وجهل الآخر فلا يقتل بل يرد مأمنه وهو المختار في المذهب » (٣) . وما ذهب اليه الزيدية هو القول الراجح في المسألة الذي ينبغي المصير اليه ، لان الامان من شؤون الدولة ويتعلق بمصالحها العامة ، والامام منصوب للنظر في هذه المصالح وتلك الشؤون ، فينبغي أن يكون اعطاء الامان برأيه وتقديره . وعلى هذا الرأي البديد تسير الدول الاسلامية في الوقت الحاضر . فالحكومة هي التي تمنح الامان بشروط خاصة ، سنذكر بعضها فيما بعد ، وتمنع الافراد من منح الامان للجانب ، فلا يجوز للاجنبي أن يدخل أرض الدولة الا اذا منح « سمة الدخول » من

(١) شرح الزرقاني على مختصر خليل ج ٣ ص ١٢٢ .

(٢) البحر الزخار ج ٥ ص ٤٥٥ .

(٣) شرح الازهار ج ٤ ص ٥٥٩ .

- ٥١ -

قبل الحكومة أو ممن يمثلها ، وهذه السمة تقوم مقام الامان باصطلاح الفقهاء .

٣٧ - ثانيا - الامان الموقت العام :

وهو الامان الذي يعطيه امام المسلمين لجميع الحريين أو الى جمع منهم غير محصور . وهذا الامان لا يصح من غير الامام أو نائبه ، فلا يصح من آحاد المسلمين لما فيه من الافتيات على الامام ، وانما جاز منه لان ولايته عامة على المسلمين . وهذا قول الحنابلة والشافعية ^(١) . أما الحنفية فعندهم يصح أمان الواحد للجمع الكثير أو لأهل مصر ^(٢) . والراجح هو قول الحنابلة والشافعية لان التأمين يتعلق بمصالح الدولة وبصميم واجبات الامام فينبغي ألا يباشره غيره .

٣٨ - ثالثا - الامان بالموادعة :

الموادعة نوع من الأمان الموقت ، وهي المعاهدة مع غير المسلمين على ترك القتال ^(٣) وتسمى بالمعاهدة والمسألة والمهادنة ^(٤) .

ولا يجوز عقد الموادعة الا من الامام أو نائبه لانه عقد مع جمع من غير المسلمين وليس لغیره ذلك ، ولانه أمر يتعلق بمصلحة الدولة العامة فيقوم به الامام أو نائبه فان باشره غيره لم يصح العقد . وهذا مذهب الحنابلة والشافعية ^(٥) . وعند الحنفية يجوز عقد المهادنة من غير اذن الامام ^(٦) . والراجح قول الحنابلة والشافعية لما قلناه في الفقرة السابقة

(١) المغني ج ٨ ص ٣٩٨ ، كشاف القناع ج ١ ص ٦٩٥ ، المحرر ج ٣ ص ١٨٠ ، متن المنهاج ج ٤ ص ٢٣٧ ، فتح العزيز ج ١٦ ص ٩٨ :

(٢) الكاساني ج ٧ ص ١٠٧ .

(٣) الكاساني ج ٧ ص ١٠٦ ، ١٠٨ .

(٤) مغني المحتاج ج ٤ ص ٢٦٠ .

(٥) المغني ج ٨ ص ٤٦١-٤٦٢ ، متن المنهاج ومغني المحتاج ج ٤ ص ٢٦٠ .

(٦) الكاساني ج ٧ ص ١٠٨ : لا يشترط اذن الامام بالموادعة ، حتى لو وادعهم الامام أو غريق من المسلمين من غير اذن الامام جازت موادعتهم لان الممول عليه كون عقد الموادعة مصلحة للمسلمين .

الا انه جاء في الهداية وفتح القدير ما يشعر بأن الموادعة تنحصر في الامام ، فقد جاء فيهما ج ٤ ص ٢٩٣ : وإذا رأى الامام ان يصلح أهل حرب ...

من أن هذا الامان يتعلق بعموم مصلحة الدولة وأنه من صميم واجبات الامام .

ويترتب على الموادة أن الموادعين يأمنون على أنفسهم وأموالهم ونسائهم وذرائعهم لأنها عقد أمان أيضا . ومن دخل منهم دار الاسلام بغير أمان جديد سوى أمان الموادة لم يتعرض له أحد بسوء لانه آمن بتلك الموادة . ودليل هذا أن أباسفيان دخل المدينة زمن الهدنة « صلح الحديبية » ولم يتعرض له احد من المسلمين بشيء (١) .

٣٩ - رابعا - الامان بالعرف والعادة :

أ - الرسول . فاذا أرسل غير المسلمين رسولا الى دار الاسلام بدون تقدم أمان من المسلمين ، فهو آمن اذا أخرج كتابا من ملكهم أو رئيسهم ، اذ لم تنزل الرسل آمنة في الجاهلية والاسلام ، وقد كان صلى الله عليه وسلم يؤمن رسول المشركين . ولما جاءه رسولا مسيلة قال : لولا ان الرسل لا تقتل لقتلتكما . وعلى هذا نص الحنفية والزيدية والشافعية والحنابلة (٢) .

وأمان الرسول ، كما نص عليه الفقهاء ، يشبه المعمول به حاليا بين الدول في حالة الحرب . فاذا أراد أحد الفريقين المتحاربين الاتصال بالفريق الآخر واجراء التفاوض معه حول أمر من الامور ، فانه يرسل رسولا لهذا الغرض حاملا راية بيضاء أو تاركا حملها لغيره ، فيجتاز

(١) شرح السير الكبير ج ٣ ص ٢٢٨ ، وج ٤ ص ٦ ، وج ٤ ص ١٣٣ : وكذلك لو أن هؤلاء المستأمنين كانوا من اهل دار الموادة دخلوا اليها بتلك الموادة ، لان تلك الموادة توجب الامان لهم في دارنا فكانوا بمنزلة المستأمنين . والبسوط ج ١٠ ص ٨٩ .

(٢) البسوط ج ١٠ ص ٩٢ - ٩٣ ، شرح السير الكبير ج ١ ص ١٩٨ ، رد المحتار ج ٣ ص ٣١٤ ، شرح الازهار ج ٤ ص ٥٥٩ ، مغني المحتاج ج ٤ ص ٢٤٣ ، اختلاف الفقهاء للطبري ص ٣٢-٣٣ ، والمغني ج ٨ ص ٥٢٣ ، ٤٠٠ .

— ٥٣ —

الرسول صفوف المقاتلين قاصدا القائد العام دون أن يلحقه أذى . الا أن القائد العام غير ملزم بقبوله أو التفاوض معه ولكنه ملزم برده سالما الى محله (١) .

ب - التجار :

نص المالكية والشافعية والحنابلة على تأمين التجار بناء على العرف والعادة . فاذا دخل حربي دار الاسلام من غير تقدم أمان وقال جئت تاجرا وكان معه متاع يبيعه قبل قوله وكان آمنا . لان العادة ، كما يقول ابن قدامة الحنبلي ، جرت بدخول تجارهم الينا وتجارنا اليهم (٢) . وهذا القول يفيد الاخذ بمبدأ المعاملة بالمثل ، ويشير الى أن هذا الحكم مبني على العرف والعادة ، فاذا تبدلت العادة تبدل الحكم المبني عليها . وفي هذا المعنى قال الفقهاء لا ينكر تغير الاحكام بتغير الازمان ..

وفي الوقت الحاضر ، لم تجر العادة بدخول التجار الى غير دولهم بغير أمان ، فلا بد لهم من ترخيص سابق بالدخول الى اقليم الدولة ، شأنهم في هذا شأن غيرهم . وعلى هذا تجري الدول الاسلامية الحاضرة فلا تسمح للتجار بدخول اراضيها الا باذن سابق منها «سمة الدخول» . وليس في هذا المسلك مخالفة للشريعة ، لان ما نص عليه الفقهاء ، في هذه المسألة ، مبناه العرف والعادة ، كما قلنا ، وقد تغيرت العادة في الوقت الحاضر فيتغير الحكم المبني عليها .

٤٠ - خامسا - الامان بالتبعية :

الاولاد الصغار يدخلون في عقد الامان تبعا ، وعلى هذا نص

(١) محاضرات في القانون الدولي العام للدكتور سعدي بسيسو ، طبعة بغداد سنة ٤٩ ، ص ١٩٩ - ٢٠٠ .

(٢) المغني ج ٨ ص ٥٢٣ ، شرح الخرشي ج ٣ ص ١٢٤ ، اختلاف الفقهاء للطبري ص ٣٣ : - وقال الشافعي ... واذا دخل قوم من المشركين بتجارة ظاهرين فلا سبيل عليهم لان حال هؤلاء حال من لم يزل يؤمن من التجار .

الفقهاء ، ففي البحر الزخار في فقه الزيدية : « واذا دخل حربي دار الاسلام بأمان عم نفسه واولاده الصغار وماله »^(١) . وفي فتح العزيز في فقه الشافعية : « اذا دخل الكافر دار الاسلام بعقد امان أو ذمة كان ما معه من المال والاولاد في امان . فان شرط الامان في المال والولد فهو زيادة تأكيد »^(٢) . والحنفية وسعوا الامان بالتبعية فجعلوه شاملا زوجة المستأمن وبناته الكبار واخته اذا كان يعولها وهي في معيشته^(٣) .

٤١ - ادعاء الامان :

اذا ادعى الحربي في دار الاسلام انه دخل بأمان لم يصدق ، وهو فيء لان حق المسلمين قد ثبت فيه حين تمكنوا منه من غير امان ظاهر فلا يصدق في ابطال حقهم^(٤) . ولو قال رجل من المسلمين انا آمنت لم يصدق في ذلك لان قول الواحد في ابطال الحق الثابت لجماعة المسلمين غير مقبول . ولكن لو شهد بذلك رجلان مسلمان ، غير المخبر ، بأنه آمنه فهو آمن ، لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعينة^(٥) . وما قلناه هو مذهب الحنفية . وعند الحنابلة قولان : الاول ، يقبل قوله تغليبا لحقن دمه كما يقبل من الرسول والتاجر . والثاني : لا يقبل ، لان اقامة البينة عليه ممكنة . ولكن لو قال مسلم أنا آمنت قبل قوله لانه يملك ان يؤمنه فيقبل قوله فيه^(٦) .

وفي الوقت الحاضر لا تسمح الدول الاسلامية للاجنبي بالدخول

- (١) البحر الزخار ج ٥ ص ٤٥٥ .
- (٢) فتح العزيز ج ١٦ ص ١٠٨ .
- (٣) شرح السير الكبير ج ١ ص ٣٤٥ - ٣٤٧ .
- (٤) المبسوط ج ١ ص ٩٣ ، رد المحتار ج ٣ ص ٣١٤ .
- (٥) شرح السير الكبير ج ١ ص ١٩٨ .
- (٦) المفتي ج ٨ ص ٥٢٣ .

— ٥٥ —

في اقليمها الا بجواز سفر وسمة دخول سابقة ، فاذا وجد اجنبي على اقليمها بدون جواز سفر او سمة دخول فانها تخرجه من اقليمها .
٤٢ — ما ينتقص به امان المستامن :

اولا — عودة المستامن الى داره . فاذا رجع المستامن الى داره انقطع حكم امانه فلا يستطيع العودة الى دار الاسلام الا بأمان جديد^(١) . وهذا ما صرح به الحنفية . والظاهر أن هذا في غير أمان الموادة لان الموادع يدخل دار الاسلام بأمان الموادة دون حاجة الى أمان جديد كما قلنا من قبل^(٢) . وعند الحنابلة لا ينتقص أمان المستامن برجوعه الى دار الحرب لتجارة أو حاجة على عزم عودته الى دار الاسلام ، لانه لم يخرج عن نية الاقامة فيها . ولكن اذا دخل دار الحرب مستوطنا أو محاربا انتقض أمانه في نفسه وبقي في ماله^(٣) .

وهذه الاحكام الفقهية تشبه الاحكام المقررة في بعض الدول الاسلامية . ففي المملكة العربية السعودية ينص نظام الاقامة الصادر سنة ١٣٧١ هـ على أن الاجنبي اذا خرج من البلاد خلال مدة التأشيرة الممنوحة له من السلطة المختصة المثلثة للحكومة السعودية في الخارج فلا يسمح له بالدخول مرة اخرى الا بتأشيرة جديدة^(٤) . وهذا يماثل قول الحنفية بانقطاع الامان عن المستامن اذا خرج من دار الاسلام فلا يعود اليها الا بأمان جديد . ولكن اذا اراد الاجنبي مغادرة الاراضي السعودية لفترة معينة خلال مدة الاقامة الممنوحة له ، ولم يكن قد استغرقها ، وطلب تأشيرة بالعودة محدودة باجل لا يزيد عن شهر واحد ولا يستغرق المدة الباقية له من اقامته ، يصرح له بالعودة والدخول دون

(١) شرح السير الكبير ج٤ ص ٢٨٧ .

(٢) فقرة ٣٨ ص ٥٢ من هذه الرسالة .

(٣) كشاف القناع ج١ ص ٦٩٨ ، شرح منتهى الارادات ج١ ص ٧٣٧ .

(٤) المادة ١٥ من نظام الاقامة السعودي لسنة ١٣٧١ هـ .

اجراءات جديدة . . الخ (١) . وهذا يشبه قول الحنابلة بعدم انتقاض امان المستأمن بخروجه من دار الاسلام على عزم عودته اليها .
وفي الجمهورية العربية المتحدة ، نص المرسوم بقانون رقم ٧٤ لسنة ١٩٥٢ على أن الاجانب ذوي الاقامة الخاصة والعادية لا يجوز لهم الغياب في الخارج اكثر من ستة اشهر ما لم يحصل احدهم قبل سفره أو قبل انتهاء هذه المدة على اذن بذلك من وزارة الداخلية لاعذار تقبلها ولا يجوز ان تزيد مدة الغياب في الخارج على سنتين ، ويترتب على مخالفة هذه الاحكام سقوط حق الاجنبي في الاقامة المخصص له بها (٢) . فكان اقامة الاجنبي من هؤلاء خارج الجمهورية العربية المتحدة لمدة سنتين قرينة على عدم رجوعه مرة اخرى الى الجمهورية العربية المتحدة فيسقط حقه في الاقامة .

وفي الجمهورية العراقية يعتبر خروج الاجنبي من العراق وبقاؤه في الخارج مدة تزيد على ستة أشهر سببا لالغاء المدة الباقية من الاقامة الممنوحة له ، وعليه عند عودته ان يستحصل وثيقة جديدة بالاقامة (٣) . فكان خروج الاجنبي من العراق وبقائه في الخارج مدة ستة اشهر قرينة على نيته في عدم العودة فيسقط حقه في الاقامة ، أي سقوط حقه في « الامان » الاول الممنوح له .

ثانيا - اذا كان في الامان مفسدة وضرر على الدولة الاسلامية فان الامام ينقض الامان كما ان له نقضه عند خوف خيانة من اعطيه (٤) .
ونقض الامان في هذه الحالة يشبه اخراج الاجنبي من ارض الدولة وابعاده الى خارجها من قبل السلطات المختصة اذا رأى ان في وجوده ضررا أو ان هناك ما يستدعي اخراجه كما سنذكره فيما بعد .

- (١) المادة ١٦ من نظام الاقامة السعودي .
- (٢) المادتان ١٠ ، ١١ من القانون رقم ٢٤ لسنة ١٩٥٢ .
- (٣) المادة ٣١ من قانون الاقامة العراقي رقم ٣٦ لسنة ١٩٦١ .
- (٤) الهداية ج٤ ص ٣٠٠ ، الكاساني ج٧ ص ١٠٧ ، كشف القناع ج١ ص ٦٩٥ مغني المحتاج ج٤ ص ٢٣٨ ، سفينة النجاة ج٢ ص ٤٣٥ ، شرح اللمعة ج١ من كتاب الجهاد - بحث الامان .

الفصل الأول

جنسية الذمي والمستامن

٤٣ - تقسم هذا الفصل الى بحثين « الاول » للكلام عن الجنسية ومفهومها في القوانين الوضعية بصورة موجزة حتى نسترشد باصطلاحاتها الحديثة في بحثنا عن جنسية الذمي والمستامن . « والثاني » للكلام عن الجنسية في الشريعة الاسلامية ومن يتمتع بها ، وجنسية الذمي والمستامن .

لمبحث الأول

الجنسية في القوانين الوضعية

٤٤ - للجنسية معنى اجتماعي هو انتماء الشخص الى امة معينة ، ومعنى سياسي وقانوني هو انتماءه الى دولة من الدول . وهذا المعنى الاخير هو المقصود في ابحاث القانون . فالجنسية اذن ، هي علاقة قانونية وسياسية بين الفرد ودولة معينة ^(١) . وقد عرفت الجنسية بتعاريف اخرى منها انها رابطة سياسية وقانونية تنشئها الدولة بقرار منها تجعل الفرد تابعا لها أي عضوا فيها . أو انها الرابطة القانونية التي تربط الانسان بدولة ذات سيادة يعتبر قانونا رعية لها ^(٢) . فهذه التعاريف تتضمن لزوم توافر ثلاثة عناصر في الجنسية : وهي الدولة ، والفرد ، وعلاقة قانونية وسياسية بينهما . فالطرف الاول في الجنسية هو الدولة التي يعترف لها القانون الدولي العام بشخصية دولية ولو لم هو القانون الدولي الخاص لاستاذنا الدكتور جابر جاد عبد الرحمن جا

(١) القانون الدولي الخاص لاستاذنا الدكتور جابر جاد عبد الرحمن جا
ص ٥١ - ٥٢ .

(٢) القانون الدولي الخاص المصري للدكتور عز الدين عبدالله جا ص ٨٦

تكن تامة السيادة بأن كانت تحت الحماية أو الانتداب^(١). اما الجماعات غير الدول فلا يمكن ان تكون طرفا في رابطة الجنسية سواء اكانت هذه الجماعات من اشخاص القانون العام ام لا . فالامة مثلا وهيئة الامم حاضرا وعصبة الامم سابقا ، لا يمكن ان تكون واحدة منها طرفا في علاقة الجنسية ولا تملك اعطاء الجنسية للأفراد^(٢). اما الطرف الآخر في رابطة الجنسية فهو الفرد أي الشخص الطبيعي القانوني أي الذي له شخصية قانونية . والاصل ان لكل فرد شخصية قانونية ، ولهذا يصلح ان يكون طرفا في الجنسية اما من لا يتمتع بالشخصية القانونية كالرقيق فانه لا يصلح ان يكون طرفا في رابطة الجنسية^(٣). اما العنصر الثالث في الجنسية فهو وجود علاقة قانونية وسياسية بين الفرد والدولة ، وهذه العلاقة توصف بانها قانونية لانها تنشأ عنها آثار قانونية وهي الحقوق والواجبات بالنسبة لطرفي العلاقة^(٤) ، وهي علاقة سياسية لان الدولة طرف فيها .

ويطلق على من يتمتع بجنسية الدولة اسم « الوطني » . اما اصطلاح « المواطن » فيراد به الوطني الذي يتمتع بالحقوق السياسية مع تمتعه بجنسية الدولة ، فكل مواطن وطني ، وليس كل وطني مواطنا^(٥).

٥ - الجنسية الاصلية والجنسية اللاحقة :-

قد تثبت الجنسية للشخص منذ ميلاده وهذه هي الجنسية

- (١) استاذنا الدكتور جابر جاد عبد الرحمن، المرجع السابق، ج ١ ص ٥٢ والقانون الدولي الخاص للدكتور احمد مسلم ج ١ ص ٧٧ .
- (٢) استاذنا الدكتور جابر جاد عبد الرحمن، المرجع السابق، ج ١ ص ٥٣ .
- (٣) القانون الدولي الخاص المصري للدكتور عز الدين عبدالله ج ١ ص ٩٣
- (٤) استاذنا الدكتور جابر جاد عبد الرحمن، المرجع السابق، ج ١ ص ١٠٠ .
- (٥) ومبادئ القانون الدولي الخاص للدكتور محمد المنعم رياض ج ١ ص ٣١
- (٥) استاذنا الدكتور جابر جاد عبد الرحمن، المرجع السابق، ج ١ ص ٥٥ .
- الدكتور عز الدين عبدالله ، المرجع السابق ، ج ١ ص ٨٩ .

الاصلية^(١) ، وقد ثبت له بعد ميلاده وهذه هي الجنسية
اللاحقة^(٢) ، أو المكتسبة^(٣) .

وتختلف الدول في الاساس الذي تضعه للجنسية الاصلية ، فبعض
الدول تأخذ باساس حق الدم ، ومعناه ان المولود لوالد وطني ثبت له
جنسية والده في لحظة ولادته . وبعض الدول تأخذ باساس حق الاقليم
ومعناه ان المولود في اقليم دولة ثبت له جنسيتها بغض النظر عن جنسية
والده ترجيحاً لرابطة الاقليم على رابطة الدم ، وتعزز هذه الرابطة عادة
بتوطن الابوين في اقليم الدولة وقت الميلاد^(٤) .

اما الاسس التي تضعها الدولة لاكتساب الجنسية بعد الولادة
« الجنسية اللاحقة » فهي : -

أ - تثبيت الصلة بين الفرد ومحل ميلاده ، او الجنسية التي ثبتت
بحكم القانون بان يولد في دولة ولا يكتسب جنسيتها بمجرد الميلاد ثم
يستقر هذا المولود على اقليم هذه الدولة ويقيم فيها فينص القانون على
اكتساب هذا الشخص جنسية تلك الدولة عند بلوغه السن المعينة التي
هي في الغالب سن الرشد دون اثر رجعي الى وقت الميلاد ، ويطلق
الشرح على كسب الجنسية في هذه الحالة عبارة كسب الجنسية بحكم
القانون أو الجنسية القانونية^(٥) .

ب - التجنس - بأن يطلب الفرد من دولة معينة اعطائه جنسيتها
فتوافق الدولة على طلبه اذا استوفى الشروط المقررة في قانون تلك

(١) الدكتور عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، ج ١ ص ١٠٤ .

(٢) الدكتور احمد مسلم ، المرجع السابق ، ج ١ ص ١٠٥ .

(٣) الدكتور عز الدين عبدالله المرجع السابق ، ج ١ ص ١٠٩ .

(٤) استاذنا الدكتور جابر جاد ، المرجع السابق ، ج ١ ص ٧٥ ، والدول
التي تأخذ باساس حق الاقليم وحده هم : امريكا الوسطى وامريكا
الجنوبية كالارجنتين والبرازيل . ومنها : اخذ بحق الدم كالمانيا
والدانمرك والنرويج والسويد والروسيا مع اخذ بحق الاقليم على
نطاق ضيق ج ١ : استاذنا الدكتور جابر جاد ، المرجع السابق ، ج ١
ص ٧٥ - ٧٦ .

(٥) الدكتور عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، ج ١ ص ١١٠ .

الدولة (١) .

ج - الزواج - فالزوجة تكتسب جنسية زوجها كنتيجة قانونية
حتية للزواج لا مجال فيها للتقدير او ارادة الزوجة اذ من الواجب ان
يأتي الزواج بوحدة الجنسية في العائلة تأسيسا على جنسية الزوج ،
وهذا على رأي البعض . وقال غيرهم ان الزوجة تحتفظ بجنسيتها رغم
الزواج ولا محل لان تفرض عليها جنسية زوجها دون عمل ارادي من
جانبا . وتختلف الدول في نظرتها الى هذا الاساس ، فبعضها يأخذ به
فيجعل الزواج طريقا لاكتساب الزوجة جنسية زوجها ، كما فعل المشرع
المصري في قانون الجنسية لسنة ١٩٢٩ . ودول اخرى لا تجعل الزواج
طريقا لاكتساب الزوجة جنسية زوجها كما فعل المشرع المصري في قانون
سنة ١٩٥٠ (٢) .

د - تغيير السيادة أو الضم : - ومعنى هذا ان جزءا من اقليم
دولة يضم الى دولة اخرى فيكتسب سكان الاقليم المضموم جنسية
الدولة الضامة (٣) .

٤٦ - فقد الجنسية :-

اذا كسب الفرد جنسية جديدة فانه يفقد جنسيته الاولى ، اذ لا محل لان
تتمسك به دولة الاصل بعد ان هجرها وآثر دولة اخرى عليها .
كذلك تفقد الجنسية بسحبها ممن كسبها ، كما تفقد بالاسقاط على
سبيل العقوبة (٤) .

-
- (١) المرجع السابق ج١ ص ١١١ - ١١٢ .
(٢) المرجع السابق ج١ ص ١١٨ - ١١٩ ، ١٢٢ .
(٣) المرجع السابق ج١ ص ١٢٢ .
(٤) المرجع السابق ج١ ص ١٢٣ ، ١٢٤ .

لِبَحْثُ الثَّانِي

الجنسية في الشريعة الإسلامية

٤٧ - عرفنا مما تقدم ان الجنسية اداة للتعبير عن انتساب الفرد الى دولة معينة ، ذلك الانتساب الذي يعني قيام رابطة قانونية وسياسية بين الفرد والدولة .

وهذا المفهوم للجنسية عرف في الشريعة الإسلامية وان لم يطلق عليه الفقهاء اصطلاح الجنسية ، والدليل على هذا ان الدولة عرفت في الشريعة الإسلامية كدعوة الى اقامتها وكدولة واقعة بالفعل وهي التي سهاها الفقهاء دار الاسلام . كما ان عناصر الدولة من شعب واقلية وحكومة توافرت في الدولة الإسلامية « دار الاسلام » . والافراد وهم المكونون لعنصر الشعب يوصفون بانهم من « اهل دار الاسلام » أي من تبعة الدولة الإسلامية ، كما يوصف الحريون بانهم من اهل دار الحرب أي من تبعة دار الحرب . وهؤلاء الافراد مرتبطون بالدولة ارتباطا خاصا لا يشبه ارتباط الفرد بالفرد ، لان الدولة الإسلامية ليست فردا وانما هي منظمة سياسية ، كما لا يشبه ارتباط الفرد بالامة لان الامة وان لم تكن فردا الا انها ليست منظمة سياسية . فرابطة افراد شعب دار الاسلام بهذه الدار رابطة سياسية لان الدولة الإسلامية ، وهي منظمة سياسية ، طرف فيها ، كما ان هذه الرابطة رابطة قانونية لان آثارا قانونية تنتج عنها ويلتزم بها الفرد والدولة ، وهذه الآثار هي الحقوق التي يتمتع بها الفرد في ظل الدولة ، والواجبات التي يلتزم بها قبلها . ومن هذه الحقوق ، الحقوق العامة والحقوق السياسية ، ومن التزاماته نحوها التكاليف المالية . وقد ذكر الفقهاء هذه الحقوق والواجبات ، كما ذكروا الاحوال التي تنقسم فيها هذه الرابطة « الجنسية » بين الفرد والدولة الإسلامية مثل ردة المسلم ولحاقه بدار

• الحرب

فرابطة الجنسية بمفهومها الحديث عرفت في الشريعة الاسلامية كنتيجة حتمية لوجود الدولة الاسلامية التي تحرص الشريعة على اقامتها وبقائها • وكل ما في الامر ان فقهاء المسلمين لم يسئوا هذه الرابطة باسم الجنسية ، وعدم التسمية لا يعني عدم وجود هذه الرابطة بين الفرد والدولة الاسلامية •

٤٨ - من يتمتع بالجنسية الاسلامية واساسها : -

الشريعة الاسلامية تجعل المسلمين امة واحدة قال تعالى « وان هذه امتكم امة واحدة وانا ربكم فاعبدون » (١) • وقال تعالى « كتتم خير امة اخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر وتؤمنون بالله » (٢) • واساس كونهم امة واحدة هو وحدة العقيدة التي تجمعهم حتى ولو اختلفوا في الجنس أو اللغة أو غير ذلك مما يختلف فيه الناس ، لان عنصر العقيدة الاسلامية يغلب هذه الاختلافات ويصير المسلمين اخوة في الدين « انما المؤمنون اخوة » (٣) • الا ان اتساق المسلم الى المسلمين كأمة يعتبر من قبيل الروابط الاجتماعية لا السياسية ، لان الامة وحدة اجتماعية لا سياسية ، ولكن الشريعة الاسلامية لا ترضى ان يبقى المسلمون امة فقط وانما تدعوهم الى التحول الى تنظيم سياسي أي الى هيئة سياسية منظمة أي الى دولة ، لان اغراض الاسلام لا تتحقق كما ينبغي ، واحكامه لا تنفذ كما يجب الا بقيام هذا التنظيم السياسي للمسلمين • ولهذا اقترن هذا التنظيم السياسي مع تكوين الجماعة الاسلامية الاولى ، فما ان استقر الرسول صلى الله عليه وسلم واصحابه في المدينة حتى بدأ عليه الصلاة والسلام بتكوين الدولة الاسلامية الاولى • وهكذا تحولت الجماعة الاسلامية الاولى الى هيئة سياسية أي دولة إسلامية فيها جميع عناصر الدولة الأساسية ، وصار للفرد

(١) سورة الانبياء جزء ١٧ الآية ٩٢ •

(٢) سورة ال عمران جزء ١١٠ الآية •

(٣) سورة الحجرات جزء ٢٦ الآية ١٠ •

المسلم رابطة جديدة بالمسلمين لا على اساس انهم امة وحسب ولكن على اساس انهم وحدة سياسية أي دولة . وهذه الرابطة هي رابطة سياسية وقانونية ، طرفاها الفرد المسلم والدولة الاسلامية . فهي رابطة الجنسية كما تسمى في الوقت الحاضر . واساس هذه الرابطة ، بالنسبة للمسلم ، هو الاسلام . أي كون الشخص مسلما يجعله اهلا للانتماء الى الدولة الاسلامية والتبعية لها والارتباط بها قانونا . فكل مسلم ، اذن ، يتمتع بجنسية دار الاسلام على اساس توافر الصفة الاسلامية فيه . ولهذا « فالاسلام يعتبر في وقت واحد عقيدة وجنسية . والمسلمون في أي مكان كانوا يعتبرون اخوة في العقيدة والجنسية » (١) .

٤٩ - هل يتمتع الذمي بالجنسية الاسلامية ؟

المسلمون في الاصل هم أهل دار الاسلام ، ولكن قد يسكن معهم الذميون والمستأمنون لان الاسلام لا يمنع المسلمين من مخالطة غير المسلمين ، ولا يمنع هؤلاء من الاقامة في دار الاسلام .

وقد صرح الفقهاء ان الذميين من اهل دار الاسلام ، ففي البدائع « والذمي من اهل دار الاسلام » (٢) . ومعنى هذا ، ان الذميين يعتبرون من افراد شعب دار الاسلام ومن تبعة هذه الدار . فهم اذن مرتبطون بالدولة الاسلامية بما يسمى برابطة الجنسية . وهذا

(١) الشيخ المرحوم احمد ابراهيم ، في بحث له، بعنوان حكم الشريعة الاسلامية في الزواج مع اتحاد الدين واختلافه المنشور في مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الاولى ١٩٣١ ، العدد الاول ص ١١ .

(٢) البدائع للكاساني ج٥ ص ٢٨١ . وفي شرح السير الكبير ج١ ص ١٤٠ « لان المسلمين حين اعطوهم الدمة فقد التزموا دفع الظلم عنهم وهم صاروا من اهل دار الاسلام » . وفي فتح القدير ج٤ ص ٣٧٥ : « ولانه بعقد الدمة صار من اهل الدار » . وفي المغني لابن قدامة الحنبلي ج٥ ص ٥١٦ : ... هي لكم اي لاهل دار الاسلام ، والذمي من اهل الدار التي تجري عليه احكامها » . وفي شرح منتهى الارادات ج٢ ص ٤٢٩ : ... واما كون الذمي فيه كالمسلم فلمعوم الخبر ولانه من دار الاسلام » . وانظر ايضا : المبسوط ج١ ص ٨١ ، وشرح السير الكبير ج٤ ص ٢٥٤ ، وشرح العناية على الهداية ج٤ ص ٣٧٠ ، وفتح القدير ج٤ ص ٣٦٩ .

واضح ، فكما ان قول الفقهاء ان المسلمين من اهل دار الاسلام يفيد ان المسلمين من تبعة هذه الدار ويحملون جنسيتها ، فكذلك قولهم ان الذميين من اهل دار الاسلام يفيد ان الذميين من تبعة هذه الدار ويتمتعون بجنسيتها .

٥٥ - وقال الاستاذ احمد طه السنوسي ، ان الذميين لا يتمتعون بالجنسية الاسلامية^(١) . وحجته ان الذميين لا يتمتعون بنفس الحقوق التي يتمتع بها المسلمون ، ولا يلتزمون بنفس التزاماتهم . فالحقوق السياسية يتمتع بها المسلم ولا يتمتع بها الذمي . والجزية يلتزم بها الذمي دون المسلم . والزكاة تجب على المسلم دون الذمي . وهذا كله يدل على ان الذمي لا يتمتع بالجنسية الاسلامية لانه لو تمتع بها لترتبت له حقوق وفرضت عليه واجبات شبيهة بالتي للمسلم او عليه ، كما هو الحال في الدول الحديثة التي تساوي بين مواطنيها في الحقوق والواجبات .

والواقع ان هذا القول ضعيف ، فالدولة الاسلامية تأخذ بقاعدة المساواة في الحقوق والواجبات بين المسلم والذمي ، ولكنها تستثنى من هذه القاعدة بعض الحقوق والواجبات لابتنائها على العقيدة الدينية . ومن هنا جاء التفاوت ببعض الحقوق والواجبات بين المسلم والذمي . ولكن هذا لا يعني ان الذمي لا يتمتع بالجنسية الاسلامية ، لان الدولة ، حتى في وقتنا الحاضر ، قد لا تساوي بين رعاياها الوطنيين - وكلهم يتمتعون بجنسيتها - في بعض الحقوق لا سيما الحقوق السياسية ، ومع هذا يظلون متمتعين بجنسية الدولة ، ولم يقل احد ان عدم تمتع هذا الفريق من رعايا الدولة ببعض الحقوق دليل على عدم تمتعه بجنسية الدولة . فالمواطنون في الدول الحديثة « هم الافراد الذين يتمتعون بجنسية الدولة وذلك بغض النظر عما يكون بين بعضهم والبعض من »^(١) فكرة الجنسية في التشريع الاسلامي المقارن ، للاستاذ احمد طه السنوسي ، ص ٤٤ ، ٥٧ - ٦٣ .

التفاوت في الحياة القانونية الداخلية ، وخاصة من وجهة الحقوق السياسية «^(١) . فالتفاوت في الحقوق والواجبات بين الوطنيين مسألة داخلية لا تؤثر على تمتعهم بجنسية الدولة .

٥١ - اساس الجنسية الاسلامية بالنسبة للذمي :

ذهب البعض الى ان اساس الجنسية الاسلامية بالنسبة للذمي هو التزامه احكام الاسلام^(٢) . وقال البعض الآخر ، ان الذمين يتمتعون بما يمكن تسميته بالجنسية الاسلامية بناء على الاقامة غير الموقوتة في دار الاسلام^(٣) .

ولكن يرد على القول الاول ان التزام احكام الاسلام بالنسبة للذمي يرجع الى عقد الذمة كما صرح الحنفية^(٤) ، او يرجع الى عموم ولاية الشريعة الاسلامية في دار الاسلام وامكان تنفيذها فيها^(٥) . كما ان المستأمن يلتزم احكام الاسلام مدة مقامه في دار الاسلام^(٦) ، ولا يصير بهذا الالتزام ذميا من تبعة هذه الدار .

ويرد على القول الثاني ان الاقامة غير الموقوتة ترتب على عقد الذمة ، فهي بعض آثاره . كما ان المستأمن قد يقيم في دار الاسلام مدة غير محدودة اذا لم يحدد الامام مدة اقامته ولم يأمره بالخروج ، ومع هذا لا يصير ذميا من اهل دار الاسلام .

والذي اراه ، ان اساس جنسية الذمي هو عقد الذمة بالنسبة لمن

(١) القانون الدولي الخاص المصري ، للدكتور عز الدين عبد الله ، ج ١ ص ٨٩ .

(٢) التشريع الجنائي الاسلامي للمرحوم عبد القادر عودة ج ١ ص ٣٠٧ .

(٣) القانون الدولي الخاص للدكتور احمد نسلم ، ج ١ ص ٣٢٦ ، هامش (١) .

(٤) من ذلك ما قاله الامام الكاساني في البدائع ج ٢ ص ٣١١ : « انهم بقبول الذمة التزموا احكامنا » .

(٥) الكاساني ج ٢ ص ٣١١ : « ولان الاصل في الشرائع هو العموم في حق الناس كافة ، الا انه تعذر تنفيذها في دار الحرب لعدم الولاية وامكن في دار الاسلام فلزم التنفيذ فيها » .

(٦) المبسوط ج ٢٣ ص ١٢١ ، الكاساني ج ٧ ص ١٢٣ ، ٢٣٥ .

يدخل في الذمة عن طريق العقد الصريح ، وهذا صريح اقوال الفقهاء .
من ذلك ما قاله الامام السرخسي في مبسوطه : « لانه بعقد الذمة صار
من اهل دار الاسلام »^(١) . اما في غير هذه الحالة ، أي بالنسبة لمن
يدخل في الذمة عن طريق القرائن الدالة على رضاه ، او بالتبعية لغيره ،
او بالغلبة والفتح ، فان اساس الجنسية هو ارادة الدولة الاسلامية
نفسها ، فهي التي تمنح الذمة - الجنسية - لغير المسلم ، في هذه
الحالات ، بحض ارادتها وتقديرها وفقا لقواعد الشريعة ، وما تقتضيه
مصلحة الدولة^(٢) .

٥٢ - الجنسية الاصلية والجنسية اللاحقة :

اذا اكتسب الذمي جنسية دار الاسلام في لحظة ولادته فهي جنسية
اصلية . واذا اكتسبها بعد ولادته فهي جنسية لاحقة . وتتصور الجنسية
الاصلية للذمي في حالة ما اذا ولد للذمي ولد فان هذا المولود يتبع اياه .
في الذمة من لحظة ولادته ، فيكتسب جنسية دار الاسلام . واذا كان
للذمي ولد صغير عند ارتباطه بعقد الذمة ، فان ولده الصغير هذا يتبعه
في الذمة ايضا^(٣) ، فيكتسب جنسية دار الاسلام وتكون هذه
الجنسية في حقه جنسية لاحقة . وكذلك الزوجة ، تدخل في الذمة تبعاً لزوجها
او اذا تزوجت ذمياً^(٤) فتكتسب جنسية دار الاسلام وتكون هذه الجنسية
بالنسبة لها جنسية لاحقة .

(١) المبسوط ج ١ ص ٨١ . وبلاحظ هنا ، ان الجنسية ، في هذه
الحالة ، وان كان اساسها العقد ولكن مع هذا لا تعتبر نظاماً تعاقدياً
صرفاً ، لان ارادة الدولة فيه اظهر ولها حرية واسعة في اجابة طلب
الدخول في الذمة او رفضه .

(٢) ويمكن اعتبار الجنسية في هذه الحالة نظاماً قانونياً معيناً من ايجاد
الدولة الاسلامية وحدها وفقاً لقواعد الشريعة . وبهذا تلتقي الشريعة
الاسلامية ، في هذه المسألة ، مع الراي السائد في الوقت الحاضر
بصدد الجنسية ، اذ تعتبر نظاماً قانونياً من خلق الدولة وحدها :
استاذنا الدكتور جابر جاد ، القانون الدولي ، ج ١ ص ٦٤ .

(٣) فقرة ٢٦ ص ٢٥ ، وفقرة ٢٧ ص ٣٧ ، ٣٩ من هذه الرسالة .

(٤) فقرة ٢٦ ، ٢٧ ص ٢٨ ، ٢٩ من هذه الرسالة .

— ٦٧ —

٥٣ - فقد الجنسية :-

يفقد الذمي جنسيته اذا قام بما تنتقض به الذمة كما لو لحق بدار الحرب ^(١) . الا انه ما دام لم يظهر منه ما ينتقض به الذمة فان الدولة الاسلامية لا تملك نزع الجنسية عنه .

٥٤ - جنسية المستأمن :-

المستأمن اجنبي عن دار الاسلام وليس من اهلها ، اذ هو من دار الحرب وان دخل دار الاسلام بأمان موقت لقضاء حاجة ثم يعود الى وطنه ، وبهذا صرح الفقهاء فقالوا : « المستأمن من اهل دار الحرب وان دخل دار الاسلام لا يقصد الاقامة بل لعارض حاجة ثم يعود الى وطنه » ^(٢) . وفي شرح السير الكبير : « فاما المستأمن فلم يصر من اهل دارنا » ^(٣) .

♦ ♦ ♦ ♦

وبهذا ينتهي الباب التمهيدي وقد بينا فيه ما هي دار الاسلام وما هي دار الحرب . ومن هم غير المسلمين في دار الاسلام وعلاقتهم بها من ناحية الجنسية .

(١) فقرة ٢٠ ص ٣٣ من هذه الرسالة .
 (٢) الكاساني ج ٧ ص ٣٢٦ ، وجه ص ٢٨١ : لانه - اي المستأمن ليس من اهل دار الاسلام وان كان فيها صورة .
 (٣) شرح السير الكبير ج ١ ص ٢٠٧ .

القسم الأول

أحكام الذميين والمستأمنين
في علاقاتهم مع الدولة الإسلامية

الباب الاول

حقوقُ الذميين والمستأمنين وواجباتهم في دار الاسلام

٥٥ - منهج البحث :

تتكلم في هذا الباب عن القاعدة العامة في تمتع الذمين والمستأمنين
بالحقوق في دار الاسلام ، والواجبات التي يلتزمون بها نحو الدولة ،
ثم نفصل هذه الحقوق والواجبات • وعلى هذا سنقسم هذا الباب الى
الفصول الآتية :

- الفصل الاول - القاعدة العامة في حقوقهم وواجباتهم •
- الفصل الثاني - في بيان حقوقهم في دار الاسلام •
- الفصل الثالث - في واجباتهم نحو الدولة •

الفصل الأول

القاعدة العامة في حقوقهم وواجباتهم

اولا - الذميون

٥٦ - شاع بين الفقهاء القول المشهور عن الذمين « لهم ما لنا وعليهم ما علينا » . وقد ذكر الامام الكاساني ^(١) ، في بدائعه ، حديثا بهذا المعنى فقال : « قال النبي صلى الله عليه وسلم : فاذا قبلوا عقد الذمة فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين » ^(٢) . وهذا الحديث وان لم يرد في كتب الحديث المعروفة ^(٣) ، الا ان معناه مقبول عند الفقهاء ، وفيه بعض الآثار عن السلف ، فقد قال علي بن ابي طالب ^(٤) : « انما قبلوا عقد الذمة لتكون اموالهم كأموالنا ودمائهم كدمائنا » ^(٥) . وفي شرح السير الكبير للامام الرخسي « ولانهم قبلوا عقد الذمة لتكون اموالهم وحقوقهم كاموال المسلمين

(١) الكاساني، نسبة الى مدينة كاسان، وهو علاء الدين ابو بكر بن مسعود بن احمد الامام الكبير الملقب بملك العلماء ، تفقه على محمد بن احمد السمرقندي صاحب « التحفة » وقد شرحها الامام الكاساني في كتابه البدائع وعرضه على شيخه ففرح به وزوجه ابنته فقال الفقهاء في عصره : شرح تحفته وزوجه ابنته توفي سنة ٥٨٧ هـ : الجواهر المضية ج ٢ ص ٢٤٤ - ٢٤٦ .

(٢) الكاساني ج ٧ ص ١٠٠ .

(٣) فتشت عن هذا الحديث في كتب الحديث المعروفة فلم اقف عليه ، وسألت عنه المعنيين بعلوم الحديث فلم يعرفوه .

(٤) علي بن ابي طالب، رابع الخلفاء الراشدين، وابن عم رسول الله (ص) ، واسم ابي طالب عبيد مناف . كان (رض) من فقهاء الصحابة المشهورين . قتله عبد الرحمن بن ملجم في رمضان سنة ٤٠ هـ وهو ابن ثمان وخمسين سنة : طبقات الفقهاء للشيرازي ص ٩ .

(٥) الكاساني ج ٧ ص ١١١ ، سنن الدار قطني ج ٢ ص ٣٥٠ : من كانت له ذمتنا فدمه كدمنا .

وحقوقهم» (١) . ويعلل بعض الفقهاء مساواة الذمي للمسلم في بعض التكاليف المالية بان الذمي بعقد الذمة صار له ما للمسلمين وعليه ما على المسلمين (٢) .

ومن هذا يتضح ان الذميين ، كقاعدة عامة ، كالمسلمين في الحقوق والواجبات . الا ان هذه القاعدة يرد عليها استثناء هو ان الدولة الاسلامية تشترط للتمتع ببعض الحقوق توافر العقيدة الاسلامية في الشخص ولا تكتفي بتبعيته لها كما سنبينه فيما بعد . والواقع ان لا غرابة في هذا الاستثناء لان الدول حرة في تنظيم تمتع الوطنيين بالحياة القانونية الداخلية ، فقد تساوى بينهم وقد تفرق (٣) . ولا شك ان الدولة عندما تفرق بين الوطنيين في بعض الحقوق انما تقيم هذه التفرقة على اساس اختلافهم في بعض الاوصاف التي تراها كافية لتبرير هذه التفرقة . والدولة الاسلامية تعتبر الوصف الديني هو الاساس المقبول للتمييز بين الوطنيين في بعض الحقوق ، لانها محكومة بالاسلام ولا تملك الخروج على احكامه ، والاسلام يشترط للتمتع بهذه الحقوق المعينة توافر العقيدة الاسلامية في الشخص .

والدولة الاسلامية كما تعتبر الوصف الديني مناط التمييز بين الوطنيين في بعض الحقوق تعتبر ايضا هذا الوصف اساس التفرقة بين الوطنيين في بعض الواجبات كما يأمر الاسلام . فالزكاة مثلا يلتزم بها المسلم دون الذمي ، والجزية يلتزم بها الذمي دون المسلم ، والجهاد بما فيه الدفاع عن دار الاسلام يجب على المسلم دون غيره وان كان يمكن للذمي ان يساهم في هذا الواجب ويلتزم به كما سنبينه فيما بعد .
والذميون في الجمهورية العربية المتحدة والعراق كالمسلمين في الحقوق

- (١) شرح السير الكبير ج ٣ ص ٢٥٠ .
- (٢) الكاساني ج ٢ ص ٣٧ : ولا يؤخذ من المسلم اذا مر على العاشر في السنة الا مرة واحدة ، وكذلك الذمي ، لانه يقبوله عقد الذمة صار له ما للمسلمين وعليه ما على المسلمين .
- (٣) الدكتور عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص المصري ، ج ١ ص ٣٥٥ هامش رقم (١) .

— ٧٢ —

والواجبات كما سنبينه فيما بعد *

ثانيا - المستامنون

٥٧ - القاعدة في حقوق الاجانب وواجباتهم في الوقت الحاضر :

من المقرر في الوقت الحاضر ان لكل دولة الحق في تحديد مدى ما يتمتع به الاجانب من حقوق في اقليمها، ولكن هذا الحق ليس مطلقا ، اذ هناك حد ادنى من الحقوق يجب ان يتمتع به الاجانب ، وعلى الدولة ان تسمح لهم به والا عدت مخالفة للقواعد العامة الدولية التي تقضي بمراعاة هذا القدر من الحقوق للاجانب . فاذا ما وفرت الدولة للاجانب هذا الحد الادنى من الحقوق فلها ان تقف عنده او تزيد عليه الا اذا كانت مقيدة باتفاقية مع دولة اخرى بشأن حقوق الاجانب من رعاياها فعليها ان تلتزم بنصوص الاتفاقية (١) .

وسياسة الدول في تحديد مدى تمتع الاجنبي بالحقوق فيما يجاوز الحد الادنى (٢) تختلف باختلاف اوضاعها الخاصة وظروفها وما تراه ملائما لمصلحتها . فبعض الدول تأخذ بطريقة تشبيه الاجانب بالوطنيين في التمتع بالحقوق الخاصة مع ايراد بعض الاستثناءات على هذه القاعدة . والبعض الآخر من الدول ، وهو الاكثر ، يجري على طريقة المعاملة بالمثل . ومع هذا فقد تقرر الدولة للاجانب من الحقوق دون ان تعلق ذلك على معاملة التابعين لها بالمثل في دولة اولئك الاجانب (٣) .

هذه هي القاعدة في تمتع الاجانب بالحقوق في الوقت الحاضر .

اما القاعدة في التزام الاجانب بالواجبات فهي مساواتهم بالوطنيين ما دامت هذه الالتزامات لا تبني على اساس الجنسية . اما الالتزامات التي تبني على اساس الجنسية فان الاجانب لا يلتزمون بها . وعلى هذا

(١) استاذنا الدكتور جابر جاد ، مؤلفه السابق ، ج ١ ص ٢٦٣ ، والدكتور عبد المنعم رياض ، القانون الدولي الخاص ، ص ١٨٥ .

(٢) ومبدأ الحد الادنى لحقوق الاجانب وان كان مجمعا عليه نظريا من قبل الدول الا انها تختلف في تفاصيله : الدكتور احمد مسلم ، القانون الدولي الخاص ، ج ١ ص ٢٩٥ هامش (١) .

(٣) استاذنا الدكتور جابر جاد ، مؤلفه السابق ، ج ١ ص ٢٦٥ - ٢٦٧ ، الدكتور عز الدين عبد الله ، مؤلفه السابق ، ج ١ ص ٣٦٥ - ٣٦٧ .

فالتكاليف المالية التي تفرضها الدولة على الافراد ، كالفرائب ، يخضع لها الاجانب لان فرضها على الافراد لا يكون على اساس جنسيتهم فقط بل بالنظر الى اقامتهم في الدولة او تملكهم فيها مالا او قيامهم فيها بعمل قانوني او لاستفادتهم من تنظيم الدولة . وواجب الدفاع الوطني او اداء الخدمة العسكرية الالزامية لا يلتزم به الاجنبي لانه يستلزم توافر صفة المواطن في الفرد ^(١) . ويلتزم الاجنبي دون الوطني ببعض الالتزامات لكونه اجنبيا مثل وجوب قيامه ببعض الاجراءات منذ دخوله اقليم الدولة كتقديمه الاقرارات المطلوبة من الاجانب ، وكحصوله على رخصة الاقامة واعلانه الجهات المختصة بتغيير محل اقامته ونحو ذلك ^(٢) .

٥٨ - القاعدة في حقوق المستأمنين وواجباتهم في دار الاسلام

قررت الدولة الاسلامية للمستأمن في دار الاسلام من الحقوق ما يقرب من حقوق الذمي، لان المستأمن، كما قال الفقهاء ، « بمنزلة اهل الذمة في دارنا » ^(٣) . وعلى هذا ، فالقاعدة العامة ان المستأمن في الحقوق كالذمي الا في استثناءات قليلة اقتضتها طبيعة كون المستأمن اجنبيا عن دار الاسلام كما سيأتي بيانه فيما بعد .
وهذه الحقوق التي يتمتع بها المستأمنون في دار الاسلام مصدرها القانون الداخلي للدولة الاسلامية ، أي الشريعة الاسلامية ، وليس مصدرها قواعد القانون الدولي العام خلافا للرأي السائد بين الدول في الوقت الحاضر ، اذ يرى معظم علماء القانون الدولي العام ان تمتع الاجنبي بالحقوق حق مقرر له مصدره القانون الدولي العام ^(٤) .
وانما كانت حقوق المستأمن في دار الاسلام مصدرها الشريعة

- (١) استاذنا الدكتور جابر جاد، المرجع السابق، ج١ ص ٢٧٧ ، والدكتور عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، ج١ ص ٣٨١ - ٣٨٢ .
- (٢) الدكتور احمد مسلم ، المرجع السابق ، ج١ ص ٣١٥ .
- (٣) شرح السير الكبير ج٢ ص ٢٢٦ .
- (٤) استاذنا الدكتور جابر جاد ، المرجع السابق ، ج١ ص ٢٦٣ ، الدكتور عز الدين عبد الله ج١ ص ٣٦١ - ٣٦٣ .

الاسلامية لان هذه الحقوق تعتبر من مقتضيات الامان، والوفاء بمقتضى الامان امر توجبه الشريعة الاسلامية ولا تملك الدولة التفريط فيه لانه غدر وخيانة ، والخيانة منهي عنها في شرعة الاسلام . وتطبيقا لهذا الاصل قرر الفقهاء ان الدولة الاسلامية لا يجوز لها تسليم المستأمن الى دولته بدون رضاه ولو على سبيل مفاداته باسير مسلم ، بل حتى ولو هددتها دولة المستأمن بالقتال اذا ابت تسليمه ^(١) . لان المستأمن في رعاية الدولة وحمايتها ما دام قد دخل اقليمها بامان ، فمن حقه ان تحميه الدولة ولا تؤذيه او تسبب له الاذى . كذلك قرر الفقهاء ان المستأمن اذا دخل دار الاسلام بمال قليل فان الدولة لا تأخذ منه ضريبة تجارية تستأصل جميع ماله وان كانت دولته تفعل هذا بالنسبة للداخلين اليها من رعايا الدولة الاسلامية ، لان المعاملة بالمثل في هذه الحالة ظلم ولا مجارة في الظلم ^(٢) . وهذا يؤكد ما قلناه من ان مصدر حقوق الاجنبي في دار الاسلام هو القانون الداخلي ، أي الشريعة الاسلامية ، وما يتضمنه هذا القانون من تمسك بالمثل العليا والقيم الاخلاقية العالية . ومع هذا فاني لا أرى مانعا من تنظيم حقوق الاجانب بموجب اتفاقيات مع الدول الاخرى شريطة الا يكون في هذه الاتفاقيات خروج على قواعد الشريعة ومبادئها العامة . كما لا أرى مانعا من الاخذ بقاعدة المعاملة بالمثل بشرط ان لا يؤدي الاخذ بها الى الخروج عن مقتضيات العدالة والامان ، ولا يجافي المعاني الاخلاقية الرفيعة . وقد اخذ الفقهاء فعلا بقاعدة المعاملة بالمثل في باب الضرائب التجارية على اموال المستأمنين اذا دخلوا بها للتجارة ^(٣) .

٥٩ - والقاعدة في الواجبات كالقاعدة في الحقوق ، أي ان المستأمن كالذمي فيما يلتزمه من التزامات نحو الدولة الاسلامية لما صرح به الفقهاء : ان المستأمن في دار الاسلام بمنزلة الذمي . الا انه يختلف

(١) شرح السير الكبير ج٣ ص ٣٠٠ .

(٢) الدر المختار ج٢ ص ٥٦ .

(٣) المرجع السابق . وسيأتي الكلام عن هذه الضرائب التجارية فيما بعد .

— ٧٥ —

عن الذمي في بعض الواجبات التي اساس التزام الذمي بها كونه من اهل
دار الاسلام ، فالجزية مثلا تجب على الذمي باعتباره من اهل دار
الاسلام، وبدلا عن دفاعه عنها، ولا تجب على المستأمن لانه اجنبي عنها، وان
كان الاثنان من غير المسلمين •

الفصل الثاني

في بيان حقوق الذميين والمستأمنين

لمبحث الأول

الحقوق السياسية

٦٠ - للحق في اللغة عدة معان ترجع كلها الى الثبوت والوجوب ، قال تعالى : « لقد حقّ القول على أكثرهم فهم لا يؤمنون » أي ثبت ووجب عليهم ^(١) .

وفقهاء الشريعة الاسلامية يطلقون لفظ « الحق » ويريدون به معنى عاما هو الملك بانواعه . وقد يطلقونه ويريدون به معنى خاصا هو الحقوق المطلقة فقط كحق المرأة في حبس نفسها عن زوجها حتى تستوفي معجل صداقها وكحق الشفعة والخيارات . ويطلقونه ويريدون به الحقوق الارتفاقية وهذا هو المعنى الاخص لكلمة الحق عندهم ^(٢) . اما كلمة السياسة فهي لغة مصدر ساس . ويقال : ساس الرعية ، اذا أمر ونهى فيها . وتطلق على حسن التدبير وجودة الرأي . فاذا كانت قائمة على ما يضعه عقلاء الامة من قوانين وضعية فهي السياسة العقلية ، واذا كانت قائمة على اساس ما شرعه الله لعباده فهي السياسة الشرعية ^(٣) . وعلى هذا نستطيع ان نقول ان السياسة هي التصرف في شؤون الامة العامة على وجه المصلحة لها ، فان كانت على مقتضى النظر الشرعي وقواعد الشريعة فهي السياسة الشرعية وان لم تكن كذلك فهي

- (١) الفقه الاسلامي لاستاذنا محمد سلام مذكور ص ١٨٠ المنجد ص ١٣٩ ، والآية في سورة يس ، ج ٢٢ ، الآية ٧ .
- (٢) الفقه الاسلامي لاستاذنا محمد سلام مذكور ص ٨١ .
- (٣) حقيقة الاسلام واصول الحكم للشيخ المرحوم محمد بخيت الطيحي ص ٦٦ .

السياسة العقلية الوضعية .

٦١ — والحق عند القانونين فائدة مادية او اديبية مقررة لشخص قبل غيره يحميها القانون ^(١) .

والحقوق السياسية ، عند القانونيين ، هي الحقوق التي يكتسبها الشخص باعتباره عضوا في هيئة سياسية كحق تولي الوظائف العامة وحق الانتخاب وحق الترشيح ^(٢) . او هي الحقوق التي يساهم الفرد بواسطتها في ادارة شؤون البلاد او في حكمها ^(٣) .

وتتكلم فيما يلي عن تمتع الذميين بهذه الحقوق في مطلب اول ، ثم تتكلم عن تمتع المستأمنين بها في مطلب ثان .

المطلب الأول

تمتع المستأمنين بالحقوق السياسية

اولا — حق تولي الوظائف العامة

٦٢ — تولي الوظائف العامة في نظر الشريعة الاسلامية ، على ما نرى ، ليس حقا للفرد على الدولة وانما هو تكليف تكلفه به الدولة اذا كان اهلا له ، وواجب يقوم به اذا عهد به اليه . ودليلنا على هذا ما جاء في الحديث الصحيح عن ابي موسى ^(٤) ، رضي الله عنه ، قال : « دخلت على النبي صلى الله عليه وسلم انا ورجلان من بني عمي . فقال احدهما : يا رسول الله أمّرنا على بعض ما ولاك الله تعالى . وقال الآخر

(١) الفقه الاسلامي ، المرجع السابق ، ص ١٨٠ ، نقلا عن كتاب نظرية الحق للاستاذ الدكتور محمد سامي مذكور .

(٢) اصول القانون للدكتور السنهوري وحشمت ابي ستيت ص ٢٦٨ .

(٣) القانون الدولي الخاص لاستاذنا الدكتور جابر جاد ج١ ص ٢٧٢

(٤) ابو موسى ، هو عبد الله بن قيس بن سليمان الاشعري ، احد اصحاب رسول الله (ص) . ارسله النبي (ص) الى اليمن ليعلم الناس ، وولاه عمر بن الخطاب البصرة . ومات في الكوفة سنة ٥٢ هـ : طبقات الفقهاء للشيرازي ص ١٢ .

مثل ذلك • فقال : انا ، والله لا نولي هذا العمل أحدا سألته او واحدا حرص عليه » (١) • فهذا الحديث الشريف صريح في ان تولي الوظائف العامة ليس حقا للفرد على الدولة ، اذ لو كان حقا له لما كان طلب الوظيفة او الولاية سببا لمنع طالبها منها ، لان صاحب الحق لا يمنع من حقه اذا طلبه او طالب به او حرص عليه •

٦٣ - وبعض الوظائف العامة لا يكلف بها الذمي ، لان طبيعتها تقتضي ان لا يتولاها الا المسلم ، فكان من شرط تقليدها للشخص ان يكون مسلما • كخلافة ، أي الامامة (٢) ، والامارة على الجهاد (٣) • لان الامامة في الحقيقة خلافة عن صاحب الشرع في حراسة الدين وسياسة الدنيا به (٤) • فكان من البديهي ان يكون رئيس الدولة الاسلامية مسلما ، وعلى هذا جرى المسلمون في جميع عصورهم • اما اشتراط الاسلام في امارة الجهاد ، فلان الجهاد يلتزم به المسلم دون الذمي ، وان كان للذمين ان يشتركوا مع المسلمين في الدفاع عن دار الاسلام ويلتزموا بهذا الواجب كما سنبينه فيما بعد ، فكان من السائع المقبول ان يكون قائد الجيش مسلما •

وحجب هذه الوظائف القليلة عن الذمي ينبغي أن لا يثير استغرابا ولا دهشة ، لان الوظيفة في نظر الشريعة الاسلامية تكليف لا حق ، كما قلنا • وللدولة ان تشترط بعض الشروط الخاصة - التي تراها ضرورية -

(١) تيسير الوصول الى جامع الاصول من حديث الرسول للعلامة المحدث ابن الديبع ج١ ص ٢٨ ، وصحيح البخاري بشرح العيني ج٤ ص ٢٢٧ ، وذكر ابن تيمية هذا الحديث بلفظ : « ان قوما دخلوا على النبي صلى الله عليه وسلم ، فقال : اننا لا نولي امرنا هذا من طلبه » : السياسة الشرعية لابن تيمية ص ٦ •

(٢) كتاب الارشاد الى قواطع الادلة في اصول الاعتقاد لامام الحرمين الجويني ص ٤٢٧ ، متن المنهاج ومغني المحتاج ج٤ ص ١٢٩ - ١٣٠ •
(٣) الاحكام السلطانية للماوردي ص ٣٣ ، والاحكام السلطانية لابي يعلى ص ٣ •

(٤) مقدمة ابن خلدون ص ١٩١ ، الماوردي ص ٣ ، وعرفها التفتازاني بانها رئاسة عامة في امر الدين والدنيا خلافة عن النبي (ص) : النظريات السياسية الاسلامية للاستاذ محمد ضياء الدين الرئيس ص ١١١ •

فيمن تكلفه ببعض الوظائف المعينة . كما ان هذه الوظائف القليلة ، التي لا يكلف بها الذمي ، تقوم على اساس العقيدة الاسلامية او تتصل بها ، ويظهر فيها عنصر التدين بارزا ، فكان قصرها على المسلم سائما مقبولا ، لان الذمي لا يشارك المسلم في امور الديانات ولا فيما يتصل بالعقيدة الاسلامية او يقوم عليها .

٦٤ - وفيما عدا الوظائف القليلة التي يشترط فممن يتولاها ان يكون مسلما ، يجوز اشتراك الذميين في تحمل اعباء الدولة واسناد الوظائف العامة اليهم . وقد دل على هذا الكتاب والسنة . ففي الكتاب قوله تعالى : « يا ايها الذين آمنوا لا تتخذوا بطانة من دونكم لا يألونكم خبالا ودوا ما عنتم ، قد بدت البغضاء من افواههم وما تخفي صدورهم اكبر » (١) . وقد نزلت هذه الآية فممن كان لهم ذمة وعهد من رسول الله صلى الله عليه وسلم (٢) . وهي لم تنه المسلمين عن اتخاذ بطانة منهم بصورة مطلقة ، وانما قيدت النهي بالقيود الواردة فيها . أي ان النهي منصب على من ظهرت عداوتهم للمسلمين ، فهؤلاء لا يجوز اتخاذهم بطانة . ومعنى هذا ان الذميين الذين لا تعرف لهم عداوة للدولة الاسلامية يجوز للمسلمين اتخاذهم بطانة يستودعونهم الاسرار ويستعينون برأيهم في شؤون الدولة المهمة (٣) . ومعنى هذا ايضا جواز اسناد الوظائف العامة اليهم التي هي دون البطانة في المركز والاهمية .

وفي السيرة النبوية ما يؤيد قولنا ايضا . من ذلك ما جاء في كتب السيرة بصدد معركة بدر التي وقعت بين النبي (ص) وبين مشركي مكة ، فقد اسر المسلمون من المشركين ، في هذه المعركة ، سبعين اسيرا وكان من هؤلاء من لا مال له ، فجعل النبي (ص) فداءهم أن يعلموا اولاد الانصار الكتابة بان يعلم الواحد منهم عشرة من غلمان الانصار ويخلي

(١) سورة آل عمران ، ج٤ الآية ١١٨ .

(٢) تفسير الطبري ج٤ ص ٦٣ - ٦٤ .

(٣) تفسير المنار ج٤ ص ٨١ .

سبيله ^(١) . فهذا الاثر يفيد ان النبي (ص) استخدم غير المسلمين في شأن من شؤون الدولة الاسلامية وهو تعليم بعض المواطنين المسلمين الكتابة . وفي السيرة النبوية ايضا ان النبي (ص) لما توجه الى مكة سنة ست للهجرة ووصل الى مكان يدعى ذي الحليفة « بعث عينا منه من خزاعة يخبره عن قريش » ^(٢) وكان هذا العين كافرا ^(٣) ومع هذا اسند اليه النبي (ص) هذه المهمة الخطيرة . ولا شك ان النبي (ص) آمنه ووثق به واطمأن اليه ، مما يدل على جواز اسناد وظائف الدولة العامة الى الذميين ما داموا اهلا لها من حيث الكفاءة والثقة والامانة .

فالكتاب والسنة ، اذن ، بدلان على جواز اسناد الوظائف العامة الى الذمي ما دام ثقة كفؤا . وهذا في الحقيقة اقصى ما يمكن من التسامح والتساهل مع المخالفين في الدين ، لا نجد له نظيرا في القديم والحديث . وفي ظل هذا التسامح الاسلامي الكريم ، صرح فقهاء الشريعة الاسلامية بجواز تقليد الذمي وزارة التنفيذ ^(٤) . ووزير التنفيذ يبلغ اوامر الامام ويقوم بتنفيذها ويمضي ما يصدر عنه من احكام ^(٥) ، فمركزه شبيه بمركز الوزراء في الدول الحديثة من حيث انهم ينفذون قرارات مجلس الوزراء ^(٦) . كما نص الفقهاء على جواز اسناد وظائف اخرى الى الذميين كجباية الجزية والخراج ^(٧) .

٦٥ — ونحن اذا تجاوزنا اقوال الفقهاء الى واقع الدول الإسلامية نجد المسلمين في مختلف العصور يشركون الذميين في اعمال الدولة . فحمر بن الخطاب عندما جاءه سبي قيسارية جعل بعضهم في الكتابة

- (١) امتاع الاسماع للمقرئ ج ١ ص ٣٩ ، ٤١ .
- (٢) زاد المعاد لابن القيم ، مطبعة السنة المحمدية سنة ١٩٥٣ ج ٤ ص ٢٠٢ .
- (٣) المرجع السابق ج ٤ ص ٣١٢ .
- (٤) الماوردي ، المرجع السابق ، ص ٢٤ — ٢٥ .
- (٥) الماوردي ص ٢٥ .
- (٦) النظريات السياسية الاسلامية للاستاذ محمد ضياء الدين الريس ص ٢١٥ .
- (٧) الماوردي ص ١٢٦ ، والاحكام السلطانية لابي يعلى ص ١٢٤ .

— ٨١ —

واعمال المسلمين ^(١) . وسليمان بن عبد الملك عهد بالاشراف والنفقة على بنائه وبناء مسجد الجماعة في بلدة الرملة في فلسطين الى كاتب نصراني يقال له البطريق ابن النقا ^(٢) .

ولما فتح المسلمون مصر أبقوا العمال البيزنطيين ، وكان من هؤلاء شخص يدعي ميناس ، كان هرقل قد ولاه اعمال المنطقة الشمالية من مصر . ومن الاشخاص المعروفين « اثناسيوس » الذي شغل بعض مناصب الحكومة في مصر زمن الامويين حتى بلغ مرتبة الرئاسة في دواوين الاسكندرية . وهكذا كانت عادة الامويين في تعيين النصارى في وظائف الدولة ، وقلما خلا منهم دبوان من دواوينها ، حتى كان لمعاوية بن ابي سفيان كاتب نصراني اسمه سرجون . وفي زمن العباسيين عين الخليفة ، ابو جعفر المنصور ، يهوديا اسمه موسى كان احد اثنين في جباية الخراج . وعين الخليفة المأمون احد وجهاء « بورة » من مدن مصر ، اسمه بكام ، رئيسا لبلدته واقليمها . وقد تولى الوزارة في زمن العباسيين بعض النصارى اكثر من مرة ، منهم نصر بن هارون سنة ٣٦٩ هـ . وعيسى بن نسطورس النصراني سنة ٣٨٠ هـ ^(٣) .

ولكثرة اسناد الوظائف العامة الى الذميين في الدولة الاسلامية ، وشيوع هذا الامر ، قال آدم متر احد مؤرخي الغرب : « من الامور التي نوجب بها كثرة عدد العمال والمتصرفين غير المسلمين في الدولة

- (١) تاريخ البلاذري ص ١٩٣ . وقد نقلت عن عمر بن الخطاب اخبار تدل على منعه استخدام غير المسلمين في شئون الدولة : انظر كتاب الدمة باستعمال اهل الدمة تأليف محمد بن علي النقاش الشافعي ، مخطوط في دار الكتب المصرية تحت رقم ١٦٩٣ فقه شافعي ص ٨٢ - ٨٣ .
الا ان هذه الاخبار عن عمر بن الخطاب محمولة ، في نظرنا ، على وقائع معينة لم ير عمر من المصلحة استخدامهم في شئون الدولة لا انه كان يرى حرمة استخدامهم . ولا شك ان اسناد الوظائف للأفراد امر جوازي ، وللإمام سلطة تقدير واسعة في اسناد الوظيفة لشخص ما .
(٢) تاريخ البلاذري ص ١٩٥ .
(٣) اهل الدمة في الاسلام ، تأليف ا. س. تروتون ترجمة حسن حبشي طبعة سنة ١٩٤٩ ص ١٦٩ .

الاسلامية» (١).

والدولة العثمانية ، وهي الدولة الاسلامية المتأخرة ، جرت على ما جرت عليه دول الاسلام ، وزادت عليه . فكانت تسند الوظائف المختلفة الى رعاياها من غير المسلمين، وجعلت اكثر سفرائها ووكلائها في بلاد الاجانب من النصارى (٢).

٦٦ - ومن هذا العرض الذي قدمناه ، يتضح لنا بجلاء ان اختلاف الذين مع المسلمين في العقيدة لم يرقم حائلا دون اشراكهم في ادارة شؤون الدولة وتكليفهم بوظائفها ، وهذا يدل على مدى تسامح الاسلام والمسلمين معهم . وتظهر هذه الحقيقة بجلاء اكبر اذا ذكرنا الامرين التاليين : -

الامر الاول - ان الدولة الاسلامية دولة فكرية قامت على اساس الاسلام ولغرض تنفيذ احكامه تنفيذا كاملا وسليما في الداخل والسعي الى نشره بكل وسيلة مشروعة في الخارج ، لان الاسلام دعوة عالمية لا اقليمية ، وهذه هي غاية الدولة الاسلامية . قال تعالى : « الذين ان مكناهم في الارض اقاموا الصلاة وآتوا الزكاة وأمروا بالمعروف ونهوا عن المنكر والله عاقبة الامور » (٣) . فدولة هذا شأنها لا يكون مستغربا ان يتولى شؤونها المؤمنون بعقيدتها ونظامها وغايتها . بل لا يكون مستغربا اذا منعت غير المؤمنين بعقيدتها من تولي أي شأن من شؤونها العامة ما داموا لا يؤمنون بما تؤمن به من عقيدة وغاية ونظام ولو حملوا جنسيتها . ولكن مع هذا نجد دولة الاسلام بتوجيه من الاسلام تتسع لغير المسلمين وتفتح صدرها لهم ولا تضيق بهم ، بل تشاركهم في اعباء الدولة والمساهمة في ادارة شؤونها ، وهي تعلم انهم يخالفونها في عقيدتها وغايتها . ان هذا أقصى ما يمكن من التسامح

(١) كتاب الاسلام انطلاق لا جمود للدكتور مصطفى الرافعي منشورات دار مكتبة الحياة سنة ١٩٥٩ ص ١٦ .
(٢) تفسير المنار ج٤ ص ٨٤ .
(٣) سورة الحج ج١٧ ، الآية ٤١ .

— ٨٣ —

والثقة بالمخالف في العقيدة • وتبدو لنا هذه الحقيقة برفتها وسموها
إذا استحضرنا ما أصاب المسلمين في اسبانيا يوم تغلب عليهم الاعداء
واسقطوا حكوماتهم ، وكيف ابادوهم واعملوا فيهم القتل والتشريد ••
الامر الثاني - ان الدول العقائدية في الوقت الحاضر ، كالدول
الشيوعية مثلا، لا تعهد بشؤون الدولة ووظائفها العامة الى غير الشيوعيين
وان كانوا من رعاياها • وحتى لو اقرت لهم بالمساواة في الحقوق
السياسية مع غيرهم من المواطنين ، فانها عملا وواقعا لا تسمح لمن
لا يدين بالشيوعية ان يتولى الوظائف العامة • بل نكاد نجزم ان
اقصى ما يطمح اليه غير الشيوعيين هو العيش بسلام وأمان لا يسهم
أذى من دولتهم •

ما عليه العمل في الوقت الحاضر :

٦٧ - تجري الجمهورية العربية المتحدة في الوقت الحاضر على
المساواة بين المواطنين في الوظائف العامة ، فتسند اليهم حسب توافر
الشروط القانونية فيهم بغض النظر عن اختلافهم في العقيدة الدينية •
وهذا طبعا فيما عدا الوظائف الدينية كالامامة والخطابة ونحوها • وقد
نص الدستور الموقت للجمهورية العربية المتحدة في مادته السابعة :
« المواطنون لدى القانون سواء وهم متساوون في الحقوق والواجبات
العامة ، لا تميز بينهم في ذلك بسبب الجنس او الاصل او اللغة او الدين
او العقيدة » • وكذلك الحال في الجمهورية العراقية ، فقد نص الدستور
الموقت في مادته التاسعة : « المواطنون سواسية امام القانون وفي
الحقوق والواجبات ••• » •

ثانيا - حق الانتخاب وحق الترشيح

٦٨ - قال الفقهاء يشترط فيمن ينتخب الامام « الخليفة »
ما يشترط في الامام نفسه ^(١) ، أي ان يكون مسلما • وعلى هذا يكون
حق انتخاب الامام مقصورا على المسلمين ممنوعا عن غيرهم • ومما يؤيد
هذا الاتجاه انه لم يرو احد قط ان واحدا من اهل الذمة اشترك في

(١) الماوردي ص ٤ •

انتخاب الخليفة في عصر الخلفاء الراشدين ، كما لم ينقل ان اهل الذمة او واحدا منهم طالب بهذا الحق ، مما يدل على ان المفهوم لدى الجميع ان هذا الحق مقصور على المسلمين دون غيرهم .

ولكن تتساءل هنا ، هل يجوز للذمين في الوقت الحاضر الاشتراك في انتخاب رئيس الجمهورية في الدول الاسلامية التي تأخذ بهذا النظام من الحكم ؟ الظاهر لنا الجواز . لان رئاسة الجمهورية في الوقت الحاضر ليست لها صبغة دينية كما كانت في السابق ، فليست هي ، اذن ، الخلافة التي يتحدث عنها الفقهاء وان بقى لها شيء من معانيها . فرئاسة الجمهورية رئاسة دنيوية وليست هي خلافة عن صاحب الشرع في حراسة الدين وسياسة الدنيا به كما قلنا من قبل في تعريف الخلافة . واذا كان الحال هكذا ، فلا نرى منع الذمين من انتخاب رئيس الجمهورية قياسا على منعه من انتخاب الخليفة في العهود السابقة . وعلى هذا يجوز للذمين المشاركة في هذا الانتخاب لانهم غير ممنوعين من المشاركة في شؤون الدولة الدنيوية .

اما انتخاب ممثلهم في مجلس الامة وترشيح انفسهم لعضويته فنرى جواز ذلك لهم ايضا . لان العضوية في مجلس الامة تفيد ابداء الرأي وتقديم النصح للحكومة وعرض مشاكل الناخبين ونحو ذلك وهذه الامور لا مانع من قيام الذمين بها ومساهمتهم فيها .

٦٩ - والذي يجري عليه العمل في الجمهورية العربية المتحدة هو مساواة الذمين مع المسلمين في حق الانتخاب والترشيح لان القوانين الخاصة بالانتخابات لم تفرق بين مسلم وغير مسلم . كما ان الدستور الموقت للجمهورية العربية المتحدة في مادته السابعة ساوى بين المواطنين في الحقوق والواجبات . وعلى هذا فهم يشتركون في انتخاب رئيس الجمهورية ، وترشيح انفسهم لمجلس الامة وانتخاب اعضائه . وكذا الحال في العراق ، لان الدستور الموقت للجمهورية العراقية في مادته التاسعة ساوى بين المواطنين في الحقوق والواجبات . وعلى

هذا فلمهم الحق في المساهمة بانتخاب رئيس الجمهورية واعضاء مجلس
الامة .

المطلب الثاني

تمتع المستأمنين بالحقوق السياسية

٧٠ — المستأمنون اجانب عن دار الاسلام لانهم من اهل دار الحرب
وانما دخلوا دار الاسلام بامان موثق ، فمن الطبيعي الا يكون لهم
نصيب في ادارة شؤون الدولة الاسلامية عن طريق التمتع بالحقوق
السياسية، ولهذا لم ينص الفقهاء على جواز اسناد الوظائف العامة اليهم .
٧١ — واتجاه الدولة الاسلامية في حرمان المستأمنين من الحقوق
السياسية هو الاتجاه المأخوذ به من قبل الدول في الوقت الحاضر .
ويجمع كتاب القانون الدولي العام والقانون الدولي الخاص على حرمان
الاجانب من الحقوق السياسية . والسبب في هذا الحرمان واضح ، لان
هذه الحقوق تفترض توافر صفة المواطن في الشخص ، والاجنبي
مجرد منها (١) .

وفي الجمهورية العربية المتحدة ، في الوقت الحاضر ، لا يتمتع
الاجانب بالحقوق السياسية فليس لهم حق الانتخاب ولا حق الترشيح
لعضوية مجلس الامة او المجالس البلدية او القروية . وكذلك ليس لهم
حق تولي الوظائف العامة ، مدنية كانت ام عسكرية ، الا في الحالات
الاستثنائية التي يحددها القانون (٢) .

وكذلك الحال في العراق ، فلا يحق للاجنبي تولي الوظائف العامة،
ولهذا نص قانون الخدمة المدنية رقم ٢٤ لسنة ١٩٦٠ ، في مادته السابعة،
على ضرورة توافر الجنسية العراقية فيمن يوظف في وظائف الدولة . الا

(١) استاذنا الدكتور جابر جاد ، القانون الدولي الخاص ، ج ١ ص ٢٧٢ .

(٢) الدكتور عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص المصري ،

— ٨٦ —

انه يجوز ، استثناء ، استخدام الاجانب في وظائف الدولة كخبراء أو مستخدمين في دوائرها الفنية بقرار من مجلس الوزراء بموجب قانون استخدام الاجانب في وظائف الحكومة رقم ٣٦ لسنة ١٩٢٧ • ولا يحق للاجنبي الترشيح لعضوية مجلس الامة ولا انتخاب اعضائه ، وعلى هذا نص قانون انتخاب النواب رقم ١١ لسنة ١٩٤٦ في مادته الثانية • وليس له الترشيح لعضوية مجالس الالوية والاقضية ولا انتخاب اعضائها ، وعلى هذا نص قانون ادارة الالوية رقم ١٦ لسنة ١٩٤٥ في مادته السادسة والاربعين • ويمنع الاجنبي ايضا من الترشيح او الانتخاب لعضوية المجالس البلدية بموجب قانون ادارة البلديات رقم (٨٤) لسنة ١٩٣١ وتعديلاته •

لِمَبْحَثُ الثَّانِي

حقوقهم العامة

٧٢ — الحقوق العامة هي الحقوق اللازمة للانسان باعتباره فردا في مجتمع ولا يمكنه الاستغناء عنها • وهذه الحقوق مقررّة لحماية الشخص في نفسه وحرّيته وماله ، كالحق في التنقل وفي الاعتقاد وحرمة المسكن وغيرها (١) •

وتتكلم فيما يلي عن هذه الحقوق بالنسبة للذمين في المطلب الاول من هذا المبحث ، ثم تتكلم عنها بالنسبة للمستأمنين في المطلب الثاني •

(١) اصول القانون للدكتور السنهاوري والدكتور حثمت ابي ستيت ص ٢٦٨ •

لِطَلْبِ الْأَوَّلِ

الحقوق العامة للذمين

٧٣ — الاصل هو تمتع الذمين في دار الاسلام بجميع الحقوق العامة الا في استثناءات قليلة جدا سيأتي ذكرها .

وهذا الاصل هو المأخوذ به في الجمهورية العربية المتحدة والجمهورية العراقية (١) .

ونذكر فيما يلي انواع هذه الحقوق ومدى تمتع الذمين بها .

اولا — الحرية الشخصية

٧٤ — وهذه الحرية تتضمن حرية الشخص في الرواح والمجيء وحماية شخصه من أي اعتداء (٢) . كما تتضمن عدم جواز القبض عليه او حبسه او معاقبته الا بمقتضى القانون . وتشمل ايضا حرته في التنقل داخل الدولة وخروجه منها وعودته اليها (٣) . وتتكلم فيما يلي عن انواع هذه الحرية .

١ — حرية الذمي في الرواح والمجيء وحماية شخصه من الاعتداء : —

٧٥ — للذمي ان يذهب الى المكان الذي يريده مطمئنا على سلامته وحمايته من أي اعتداء ، فالنصوص العامة تحرم العدوان على الآخرين قال الله تعالى : « ان الله لا يحب المعتدين » (٤) كما تمنع العدوان على الأمنين المسالمين قال تعالى : « فلا عدوان الا على الظالمين » (٥) . والظلم

(١) المادة التاسعة من الدستور المؤقت للجمهورية العراقية والمادة السابعة من الدستور المؤقت للجمهورية العربية المتحدة . وقد ذكرنا نصيهما في ص ٨٣ من هذه الرسالة .

(٢) الدكتور عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ج ١ ص ٢٧٨ ، الديمقراطية الاسلامية للدكتور عثمان خليل ص ٤٤ .

(٣) المرجع السابق للدكتور عز الدين عبد الله ج ١ ص ٣٧٨ .

(٤) سورة البقرة ج ٢ الآية ١٩٠ .

(٥) سورة البقرة ج ٢ الآية ١٩٣ .

محرم في كل شريعة ، والله تعالى لا يرضى بظلم غير المسلم كما لا يرضى بظلم المسلم . وقد اخبر تعالى انه لا يظلم الناس شيئا ، فدخل في عموم هذا اللفظ جميع الناس من مسلم وغير مسلم ^(١) . وفضلا عن النصوص العامة التي حرمت الظلم ، فقد وردت نصوص خاصة في حماية اهل الذمة ودفع الظلم عنهم ورد أي اعتداء قد يقع عليهم ، وتوفير الحرية الشخصية لهم . من ذلك ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال : « من ظلم معاهدا او كلفه فوق طاقته فانا حجيجه » ^(٢) . وفي حديث آخر ان النبي صلى الله عليه وسلم قال : « من آذى ذميا فانا خصمه ومن كنت خصمه خصمه يوم القيامة » ^(٣) . وفي عهد النبي صلى الله عليه وسلم لاهل نجران « ولنجران وحاشيتها جوار الله وذمة محمد النبي رسول الله . . . ولا يؤخذ منهم رجل بظلم آخر » ^(٤) .

وقد نهج المسلمون هذه النهج النبوي الكريم قولاً وعملاً ، فعمرو بن الخطاب اوصى في آخر ايام حياته بأهل الذمة فقال : « اوصي الخليفة من بعدي بأهل الذمة خيرا ، ان يوفي بعهدهم وان يقاتل من ورائهم وان لا يكلفهم فوق طاقتهم » ^(٥) . وكان في ايام خلافة يوصي عماله بأهل الذمة ويسأل الوفود عنهم ليتأكد من حسن معاملتهم ، من ذلك ما رواه الطبري في تاريخه ، ان عمر بن الخطاب قال لوفد البصرة : « لعل المسلمين يفضون الى اهل الذمة بأذى ؟ فقالوا ما نعلم الا وفاء . . » ^(٦) .

وعلي بن ابي طالب يعلن مساواة الذميين للمسلمين في حرمة

- (١) عمدة القاري شرح صحيح البخاري للامام العيني ج٩ ص ٩٤ .
- (٢) الخراج ليحيى بن آدم ص ٧٥ ، سنن ابي داود ج٢ ص ٢٥٥ .
- (٣) الجامع الصغير من حديث البشير النذير للسيوطي ، وأشار الى ان سنده حسن ج٢ ص ٤٧٣ .
- (٤) الخراج لابي يوسف ص ٧٢ .
- (٥) الخراج ليحيى بن آدم ص ٧٤ .
- (٦) تاريخ الطبري ج٤ ص ٢١٨ . والطبري هو ابو جعفر محمد بن جرير الطبري ، فقيه مشهور ومحدث بارع من مصنفاته تاريخ الامم والملوك وكتاب التفسير توفي سنة ٣١٠ هـ : الحديث والمحدثون ص ١٣٢ .

المال والدم فيقول : « انما بذلوا الجزية لتكون اموالهم كماوالنا ودمائهم كدمائنا » (١) .

٧٦ — والمسلمون عند فتحهم البلاد لم ينسوا معاملة اهلها، الداخلين في الذمة ، بالعطف والحسنى ومنع أي اعتداء عنهم . من ذلك ما فعله عمرو بن العاص مع اقباط مصر ، اذ رفع عنهم الاضطهاد والاذى ولم يحملهم ما لا يطيقون حتى كسب محبتهم ودانوا له بالطاعة واحبوا ولايته (٢) . والحق ان المسلمين كانوا شديدي العناية باقباط مصر لان النبي (ص) اوصى بهم بالذات ، فقد روي البلاذري في تاريخه ان النبي (ص) قال : « اذا افتتحت مصر فاستوصوا بالقبط خيرا فان لهم ذمة ورحما » (٣) .

والفقهاء من مختلف المذاهب صرحوا بان على المسلمين دفع الظلم عن اهل الذمة والمحافظة عليهم (٤) ، « لان المسلمين حين اعطوهم الذمة فقد التزموا دفع الظلم عنهم وهم صاروا من اهل دار الاسلام » (٥) . وقد خصوا اهل الذمة بالذكر وهم يتكلمون عن وجائب والي الحسبة — المحتسب — فقالوا : ان عليه ان يمنع المسلمين من التعرض لهم بسبب او اذى ويؤدب من يفعل هذا بهم (٦) .

٧٧ — ولم يكتف الفقهاء بما قالوه في حق اهل الذمة بل نجدهم يخاطبون حكام المسلمين بشأنهم ويوصونهم بهم خيرا ، من ذلك ما كتبه الامام ابو يوسف الى هارون الرشيد يوصيه برعايتهم وتفقد احوالهم حتى « لا يظلموا ولا يؤذوا ولا يكلفوا فوق طاقتهم » (٧) . واذا

(١) المغني ج ٨ ص ٤٤٥ ، الكاساني ج ٧ ص ١١١ ، الدر المختار ج ٢ ص ٣٠٨ .

(٢) تاريخ الاسلام السياسي للدكتور حسن ابراهيم حسن ج ١ ص ٣١٢ .

(٣) فتوح البلدان للبلاذري ص ٣٠٧ .

(٤) الام للشافعي ج ٤ ص ١٢٧ — ١٢٨ ، المهذب ج ٢ ص ٢٧٢ ، كشاف القناع ج ١ ص ٧٢٩ ، البحر الزخار ج ٥ ص ٤٦٣ .

(٥) شرح السير الكبير ج ١ ص ١٤٠ .

(٦) الماوردي ص ٢٤٧ .

(٧) الخراج لأبي يوسف ص ١٢٤ — ١٢٥ ، البلاذري ص ٧٩ وما بعدها .

— ٩٠ —

ما بدر من حكام المسلمين شيء يؤذي الذميين فان الفقهاء ينكرون عليهم .
من ذلك انكار الامام الازاعي على الوالي العباسي صالح بن علي بن
عبد الله بن عباس عندما أجلى قوما من اهل الذمة من جبل لبنان . فقد
كتب اليه ينكر عليه فعله ويقول له في رسالته هذه : —

« وقد كان من إجلاء اهل الذمة من جبل لبنان ممن لم يكن
مثالاً لمن خرج على خروجه ممن قتلت بعضهم ورددت باقيهم
الى قراهم ما قد علمت . فكيف تؤخذ عامة بذنوب خاصة
حتى يخرجوا من ديارهم واموالهم ، وحكم الله تعالى : الا
تزر وازرة وزر اخرى ...»

ثم يقول له في رسالته : فانهم ليسوا بعييد فتكون من
تحويلهم من بلد الى بلد في سعة ، ولكنهم احرار اهل
ذمة » (١) .

والحق ان الامام الازاعي ضرب المثل الرائع في دفاع الفقهاء عن
اهل الذمة بالرغم من اختلافهم معهم في الدين . وستبقى عباراته :
« وحكم الله الا تزر وازرة وزر اخرى .. فانهم ليسوا بعييد .. ولكنهم
احرار اهل ذمة » مفخرة من مفاخر التاريخ الاسلامي قلما نجد لها
نظيراً ..

٧٨ — والتزام الدولة الاسلامية بالمحافظة على اهل الذمة لا يقف
عند حد حمايتهم من الاعتداء الداخلي ، بل يتناول حمايتهم ضد أي
اعتداء خارجي قد يتعرضون له ، ولهذا رد ابو عبيدة بن الجراح ما أخذه من
جزية من اهل بعض مناطق الشام لما سمع بتجمع الروم ورأى عدم قدرته على
الدفاع عنهم (٢) . واذا ما وقع الذميون اسرى في يد العدو فعلى
الدولة الاسلامية ان تستنقذهم من ايديهم ولو بدفع الفداء عنهم ،

(١) البلاذري ص ٢٢٢ ، الاموال لابي عبيد ص ١٧٠ — ١٧١ .
(٢) المهذب ج ٢ ص ٢٧٢ ، مغني المحتاج ج ٤ ص ٢٥٣ ، كشف القناع
ج ١ ص ٧٢٩ . الخراج لابي يوسف ص ١٣٩ .

- ٩١ -

قال الامام الليث ^(١) : « ارى ان يفدوهم من بيت المال ، ويقرون على ذمتهم » ^(٢) .

ب - عدم جواز القبض على الذمي :

٧٩ - ولا يجوز القاء القبض على الذمي او حبسه او معاقبته الا بمقتضى القانون وبموجب جرم يستوجب مثل هذه الاجراءات . لان معاقبته او القاء القبض عليه بدون وجه حق اعتداء صارخ ، والاعتداء عليه ممنوع بالنصوص التي ذكرناها في الفقرة السابقة . كما ان القاعدة في الشريعة الاسلامية هي : لا جريمة ولا عقوبة الا بنص الشرع ^(٣) . ومقتضى القاعدة والنصوص الواردة في حماية الذمي ، ان الدولة الاسلامية - وهي محكومة بقواعد الشريعة - لا يمكنها ان تمد يدها الى الذمي فتقبض عليه او تحبسه او تعاقبه بغير وجه حق ما لم يصدر عنه ما يستوجب ذلك .

وفي دستور مصر لسنة ١٩٥٦ نصوص تمنع من حبس الشخص او القبض على أي واحد بدون حق ^(٤) .

ج - حرية التنقل والاقامة :-

٨٠ - للذمين حق التنقل في دار الاسلام والاقامة حيثما شاؤا وارتياح الاماكن العامة ، لانهم من اهل دار الاسلام فلمهم الحرية في استعمال هذا الحق ، ولا يرد عليه الا استثناءات قليلة . ويبان هذا ان الفقهاء قالوا ان بلاد الاسلام ثلاثة اقسام : حرم ، وحجاز ،

(١) الليث هو الامام الفقيه الكبير الليث بن سعد بن عبد الرحمن ، قال فيه الامام الشافعي : الليث افقه من مالك الا ان اصحابه لم يقوموا به . ولد سنة ٩٤ هـ ومات سنة ١٩٥ هـ : طبقات الفقهاء للسيرازي ص ٥٧ .

(٢) الاموال لابي عبيد ص ١٢٧ .

(٣) التشريع الجنائي الاسلامي للمرحوم عبد القادر عودة ج ١ ص ١١٨ .

(٤) المادة ٣٤ منه : لا يجوز القبض على احد او حبسه الا وفق احكام القانون .

وما عداها ^(١) . وللقسمين الاولين احكام خاصة تتعلق بموضوع بحثنا على النحو التالي : -

« اولا » - الحرم - وهو مكة وما طاف بها من نصب حرمها . وليس لغير المسلم ان يدخل الحرم لا مقيما ولا مارا به ، وهذا مذهب الشافعية والحنابلة . وقال ابو حنيفة ، له دخوله كالحجاز كله ولكن ليس له الاقامة فيه . وحجة الاولين ان القرآن الكريم نهى غير المسلمين عن قربان المسجد الحرام ، والمقصود به الحرم كله لا المسجد الحرام فقط ^(٢) .

« ثانيا » - الحجاز - وهو مكة والمدينة واليامة وقراها كالطائف وخيبر ^(٣) . وما سوى الحرم منه ، لا يجوز ان يستوطنه الذميون وهذا ما صرح به الفقهاء كالشافعية والحنفية والحنابلة والشيعة الامامية ^(٤) . واستدل الفقهاء على منع الذميين من سكنى الحجاز بما روي ان رسول الله (ص) قال: « لا يجتمع دينان في جزيرة العرب » ^(٥) . والمراد بجزيرة العرب التي وردت في هذا الحديث وامثاله مثل « لا يخرج من اليهود والنصارى من جزيرة العرب فلا اترك فيها الا مسلما » هو الحجاز . فيمنع غير المسلم من التوطن فيه ^(٦) .

(١) الماوردي ص ١٥١ ، ابو يعلى الحنبلي في كتابه الاحكام السلطانية ص ١٧١ .

(٢) المغني ج ٨ ص ٥٣١ ، الماوردي ص ١٦١ ، ابو يعلى الحنبلي ص ١٧٩ .

(٣) نيل الاوطار للشوكاني ج ٨ ص ٦٥ ، مغني المحتاج ج ٤ ص ٢٤٦ ، البحر الزخار ج ٥ ص ٤٥٩ .

(٤) جواهر الكلام في فقه الشيعة الامامية ، من كتاب الجهاد في المجلد المطبوع سنة ١٢٨٧ هـ . المغني ج ٨ ص ٥٢٩ ، كشاف القناع ج ١ ص ٧٢٤ - ٧٢٥ ، ابو يعلى الحنبلي ص ١٧٩ ، الكاساني ج ٧ ص ١١٤ ، شرح السير الكبير ج ٣ ص ٢٥٧ ، الماوردي ص ١٦١ ، مغني المحتاج ج ٤ ص ٢٤٦ ، الاقناع لحل الفاظ ابي شجاع ج ٢ ص ٢٢٥ .

(٥) المغني ج ٨ ص ٥٢٩ ، والحديث رواه الامام احمد في مسنده ج ٦ ص ٢٧٥ ، المطبعة الميمنية سنة ١٣١٣ هـ الطبعة الاولى .

(٦) المغني ج ٨ ص ٥٢٩ - ٥٣٠ ، نيل الاوطار ج ٨ ص ٦٥ .

— ٩٣ —

الا ان للذمين دخول الحجاز للتجارة ، فقد كان النصارى في زمن عمر بن الخطاب يتجرون في المدينة . ولكن لا يسمح لهم بالاقامة اكثر من ثلاثة ايام لان عمر بن الخطاب كان يضرب لمن قدم منهم تاجرا او صانعا مقام ثلاثة ايام ويخرج بعد انقضائها ، وهذا ما صرح به الحنابلة والشافعية والزيدية ^(١) . الا ان الحنابلة قالوا اذا احتاج الذمي اكثر من ثلاثة ايام لبيع بضاعته احتل الامر الجواز ، لما في الجواز من عدم الاضرار به ولا باهل الحجاز ، لان منع الذمي من الاقامة اكثر من هذه المدة ، بالرغم من حاجته اليها ، قد يمنعه من جلب البضائع الى الحجاز فتفتوت مصلحة اهل هذه البلاد ^(٢) . والراجح ترك الامر لولي الامر ليقرر فيه ما يشاء لان ما فعله عمر بن الخطاب من تقدير ثلاثة ايام لاقامة الذمي في الحجاز ليس بحكم شرعي قطعي وانما هو امر اجتهادي مبني على المصلحة التي رآها آنذاك ، فاذا تغيرت المصلحة تغير الحكم الاجتهادي المبني عليها . ولهذا نجد الحنابلة يقولون بجواز تمديد المدة الى اكثر من ثلاثة ايام اذا وجدت حاجة كبيع بضاعة ، وما هذه الحاجة الا وجه من وجوه المصلحة .

د - خروجهم من دار الاسلام وعودتهم اليها :-

٨١ - يسمح للذمي بالخروج من دار الاسلام اذا كان هناك مسوغ للخروج ، كالتجارة مثلا ، مع امن عودته الى دار الاسلام ، لان المنوع هو خروجه على وجه اللحاق بدار الحرب ^(٣) .

٨٢ - ما عليه العمل الآن بالنسبة لحرية الذمي الشخصية :-

تكلمنا عن الحرية الشخصية بانواعها وقد تبين لنا انها مكفولة للذمي بموجب الاحكام الشرعية ، وهي مكفولة له ايضا في الوقت الحاضر

(١) المغني ج ٨ ص ٥٣٠ ، الماوردي ص ١٦١ ، البحر الزخار ج ٥ ص ٤٦٠ : وللإمام أن يأذن له - أي الذمي - بالدخول لمصلحة دون إقامة أكثر من ثلاث .

(٢) المغني ج ٨ ص ٥٣٠ ، أبو يعلى الحنبلي ص ١٨١ ، الماوردي ص ١٦٢ .

(٣) رد المحتار لابن عابدين ج ٣ ص ٣٤٦ .

— ٩٤ —

في الدول الاسلامية . ففي الجمهورية العربية المتحدة نص الدستور الموقت في مادته العاشرة : « الحريات العامة مكفولة في حدود القانون » . كما نص في مادته الثامنة : « لا جريمة ولا عقوبة الا بناء على قانون » . وفي العراق نص الدستور الموقت لسنة ١٩٥٨ في مادته الحادية عشرة « الحرية الشخصية وحرمة المنازل مكفولتان ولا يجوز التجاوز عليهما الا حسبما تقتضيه السلامة العامة وينظم ذلك بقانون » . وللذمي ، كما لغيره من المواطنين المسلمين ، السفر الى خارج الدولة اذا لم تر الدولة مانعا من سفره ، ويكون خروجه بموجب جواز سفر رسمي تزوده به السلطة المختصة في الدولة (١) .

ثانيا - حرمة المسكن

٨٣ - ويتمتع الذميون بحرمة المسكن ، فلا يدخل احد عليهم الا باذنهم ورضاهم ، لان مسكن الشخص موضع اسراره ومحل حياته الخاصة مع افراد عائلته ، وفيه امواله ، فمن الطبيعي ان يكون لهذا المحل حرمة ، لا يجوز لاحد ان يخرقها او يعتدي عليها ، لان الاعتداء على حرمة مسكن الشخص اعتداء على الشخص نفسه ، وقد قلنا ان الشريعة الاسلامية تحرم الاعتداء على الذمي . وقد نص القرآن الكريم على المنع من دخول مساكن الغير بغير اذنهم ، قال تعالى : « يا ايها الذين آمنوا لا تدخلوا بيوتا غير بيوتكم حتى تستأنسوا وتسلموا على اهلها ذلكم خير لكم لعلكم تذكرون » . فإن لم تجدوا فيها أحدا فلا تدخلوها حتى يؤذن لكم وإن قيل لكم ارجعوا فارجعوا هو أزكى لكم والله بما تعملون عليم » (٢) . وهذا النص القرآني الكريم يشمل بعمومه الذميين ، فلا يجوز لاحد ان يدخل بيوتهم بغير اذن منهم .

(١) انظر المواد :

- المادة (١) من مرسوم بقانون رقم ٧٤ لسنة ١٩٥٢ الصادر في مصر
المادة (٣) من قانون البسبورت - جواز السفر - العراقي رقم ٦٥ لسنة ١٩٣٢ .
المادة (٤) من نظام الجوازات السفرية في المملكة السعودية لسنة ١٣٥٨ هـ .
(٢) سورة النور ج ١٨ الايتان ٢٧ ، ٢٨ .

وحرة المساكن في الجمهورية العربية المتحدة وكذا في العراق
مصونة لجميع المواطنين وقد نص على حرمتها الدستور الموقت
للجمهورية العراقية لسنة ١٩٥٨ (١).

ثالثاً - حرية العقيدة

٨٤ - اقر الاسلام حرية الاعتقاد للناس ، بمعنى انه لا يكرههم
على اعتناق الاسلام وان كان يدعوهم اليه . ولكن الدعوة الى الاسلام
شيء ، والاكره عليه شيء آخر . فالاول مشروع والثاني ممنوع . قال
تعالى في الدعوة الى الاسلام : « ادع الى سبيل ربك بالحكمة والموعظة
الحسنة وجادلهم بالتي هي احسن ٥٥ » (٢) . وقال تعالى في الاكره :
« لا اكره في الدين قد تبين الرشد من الغي » (٣).

ومن القواعد المقررة في الشريعة الاسلامية بالنسبة للذميين ، قاعدة
« تركهم وما يدينون » فلا تعرض لهم في عقائدهم . فحرية العقيدة
حق مضمون للذميين ، بل ان هذا الحق واضح اذ لو لم يكن مقررا
مضمونا لاهل الذمة لما شرع عقد الذمة ولما جاز ، لان عقد الذمة يتضمن
اقرار الذمي على عقيدته وعدم التعرض له بسبب ديانته . وقد جاء في
كتاب النبي (ص) الى اهل نجران : « ولنجران وحاشيتها جوار الله وذمة
محمد النبي رسول الله على اموالهم وملتهم ويبيعهم وكل ما تحت ايديهم
من قليل او كثير ٥٥٥ » (٤).

وفي الجمهورية العربية المتحدة وكذا في العراق حرية الاعتقاد
مصونة فقد نصت المادة العاشرة من الدستور العراقي الموقت لسنة

(١) المادة الحادية عشرة من الدستور العراقي وقد ذكرنا نصها في
صحيفة ٩٤ من هذه الرسالة . وفي الجمهورية العربية المتحدة وان لم
ينص الدستور صراحة على حرمة المساكن الا انها تدخل ضمن
الحريات العامة المكفولة للمواطنين والمنصوص عليها في المادة العاشرة
منه . وفي السعودية، حيث يطبق الفقه الحنبلي، حرمة المساكن مصونة
لجميع .

(٢) سورة النحل ج ١٤ ، الآية ١٢٥ .

(٣) سورة البقرة ج ٢ ، الآية ٢٥٦ .

(٤) الخراج لابي يوسف ص ٧٢ .

— ٩٦ —

١٩٥٨ : « حرية الاعتقاد والتعبير مضمونة وتنظم بقانون » كما نصت المادة الثانية عشرة منه على ان : « حرية الاديان مصونة .. » .
وقد كان دستور مصر لسنة ١٩٥٦ ينص في مادته الثالثة والاربعين على ان : « حرية الاعتقاد مطلقة » . الا ان الدستور الموقت للجمهورية العربية المتحدة لم ينص على مثل هذه المادة . ولكن حرية العقيدة تدخل ضمن الحريات العامة التي نص عليها في مادته العاشرة . وهذا ما عليه العمل الآن .

وفي السعودية ، حيث تطبق الشريعة الاسلامية ، لا اكراه في الدين ، فلا يكره غير المسلم على تبديل ديانته .

٨٥ — وما يتعلق بحرية العقيدة بالنسبة للذمين ، حريتهم في انشاء معابدهم كالكنائس والبيع وحكم معابدهم القديمة ، ومدى حريتهم في اقامة شعائرهم الدينية . وهذا كله يحتاج الى بعض التفصيل لان الحكم يختلف باختلاف الاحوال . وخلاصة القول في هذه الامور ما يأتي :

٨٦ — اولا — فيما يخص معابدهم كالكنائس والبيع : —

أ — قال الفقهاء امصار المسلمين ثلاثة : « الاول » — ما مصره المسلمون كالكوفة والبصرة وبغداد وهذه الامصار لا يجوز فيها احداث بيعة ولا كنيسة . وقال الزيدية يجوز لهم الاحداث اذا اذن لهم الامام بذلك لمصلحة يراها . « الثاني » — ما فتحه المسلمون غنوة ، وهذا لا يجوز فيه احداث شيء من البيع والكنائس . وقال ابن القاسم المالكي ^(١) يجوز لهم الاحداث اذا اذن لهم الامام بذلك . « والثالث » — ما فتح صلحا . فان جرى الصلح على ان الاراضي لهم والخراج للدولة الاسلامية جاز لهم احداث الكنائس والبيع ، وان صولحوا على ان الدار للدولة الاسلامية ويؤدون الجزية فالحكم في معابدهم على ما يقع عليه (١) هو عبد الرحمن بن القاسم من اجل اصحاب مالك واعلمهم بفقهه ، وروى عنه « الموطأ » وصحبه عشرين سنة . وقد اشتهر بالفقه والورع توفي في مصر سنة ١٩١ هـ : الديباج المذهب في معرفة اعيان علماء المذهب ، للامام ابن فرحون المالكي ، ص ١٤٦ — ١٤٧ .

الصلح • فان صولحوا على شرط التمكين من احداث الكنائس ونحوها
فلهم الاحداث والا فلا • وقال المالكية ما فتح صلحا يجوز لاهله
الاحداث مطلقا شرط لهم ذلك او لم يشرط ما دام لا يسكن معهم
المسلمون^(١) •

ب — اما في القرى او في موضع ليس من امصار المسلمين فقد
اختلف الحنفية : فقال الكاساني صاحب البدائع ، لا يمنعون من احداث
الكنائس والبيع في هذه الاماكن^(٢) • وقال الامام السرخسي لا يمنعون
من ذلك في القرى التي يكون اكثر سكانها من اهل الذمة ، اما القرى
التي يسكنها المسلمون فقد اختلف فيها المشايخ من الحنفية^(٣) • فقي
الدر المختار المنع من الاحداث في دار الاسلام ولو قرية^(٤) • ونصر
ابن عابدين هذا القول وقال : « وفي الوهبانية انه الصحيح من
المذهب »^(٥) •

وعند الشافعية — على ما يظهر — يجوز لهم الاحداث في القرى
مطلقا فقد جاء في نهاية المحتاج الى شرح المنهاج : « ونمنعهم من احداث
كنيسة في بلد احداثه كالقاهرة والبصرة او اسلم اهله عليه • وما وجد
من ذلك ولم يعلم احداثه بعد الاحداث او الاسلام او الفتح ييقى
لاحتمال انه كان بيرة او قرية واتصل بها العمران »^(٦) •

ج — ولا يجوز لهم احداث الكنائس ونحوها في ارض الحجاز

(١) المغني ج ٨ ص ٥٢٦ — ٥٢٧ ، شرح الازهار ج ٤ ص ٥٦٨ ، البحر
الرخار ج ٥ ص ٤٦٢ — ٤٦٣ ، شرح الخرشي ج ٣ ص ١٤٨ ، منح
الجليل شرح مختصر خليل للشيخ عيش ج ١ ص ٧٦١ ، متن المنهاج
ومغني المحتاج ج ٤ ص ٢٥٣ ، فتح القدير ج ٤ ص ٣٧٨ ، نهاية
المحتاج الى شرح المنهاج ج ٧ ص ٢٢٩ ، جواهر الكلام من كتاب
الجهاد ، المجلد المطبوع سنة ١٢٨٧ هـ •

(٢) الكاساني ج ٧٧ ص ١١٤ •

(٣) شرح السير الكبير ج ٣ ص ٢٥٣ •

(٤) الدر المختار ج ٣ ص ٣٧٤ •

(٥) رد المختار ج ٣ ص ٣٧٤ •

(٦) نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ج ٧ ص ٢٣٩ •

بالاجماع^(١).

د - الكنائس القديمة في الامصار المفتوحة عنوة . وهذه لا يتعرض لها ولا يهدم شيء منها . الا انه - كما قال الحنفية - ليس لهم اتخاذها معابد وانما لهم اتخاذها مساكن ، رجحتهم ان هذه الامصار لما فتحت عنوة فقد استحقها المسلمون لاقامة شعائرهم فيها فلا يحق للذمين اتخاذها معابد لهم^(٢) . اما الشافعية فقد قالوا لا يقرون عليها في الاصح ، وهناك قول ثان في المذهب باقرارهم عليها للمصلحة^(٣) . وعند الحنابلة قولان : « الاول » - وجوب هدمها لان هذه البلاد ملكها المسلمون لما فتحوها عنوة فلا يجوز ان تكون فيها كنيسة او بيعة كما هو الحكم في البلاد التي اختطها المسلمون . « الثاني » - ابقاؤها وعدم هدمها لان الصحابة فتحوا كثيرا من البلاد عنوة فلم يهدموا شيئا من الكنائس . وقد كتب عمر بن عبد العزيز الى عماله الا يهدموا بيعة ولا كنيسة ولا بيت نار . ولان الاجماع قد حصل على ذلك فانها موجودة في بلاد المسلمين من غير نكير^(٤) . وظاهر القول الثاني للحنابلة ان هذه الكنائس اذا ابقيت ، فانها تتخذ لما اعدت له ، أي معابد لاهل الذمة ، لان الحنابلة لم يقولوا بمنعهم من اتخاذها معابد اذا ابقيت ولم تهدم كما قال الاحناف .

٨٧ - القول الراجح :

والقول الراجح من اقوال الفقهاء فيما يخص معابد اهل الذمة هو ما ذهب اليه الزيدية وابن القاسم المالكي من انه يجوز لاهل الذمة احداث الكنائس وانعابدها الاخرى في امصار المسلمين وفيما فتحوه عنوة اذا اذن لهم الامام بذلك . لان الاسلام يقر اهل الذمة على عقائدهم ، ومن لوازم هذا الاقرار السماح لهم بانشاء

(١) اختلاف الفقهاء للطبري ص ٢٣٦ .

(٢) الكاساني ج ٧ ص ١١٤ ، فتح القدير ج ٤ ص ٣٧٨ .

(٣) متن المنهاج ومغني المحتاج ج ٤ ص ٢٥٤ ، نهاية المحتاج الى شرح

المنهاج ج ٧ ص ٢٢٩ .

(٤) المغني ج ٨ ص ٥٢٧ .

— ٩٩ —

معابدهم الا اذا وجد مانع من ذلك • كما اننا نرجح القول الثاني في المذهب الحنبلي وهو ابقاء كنائسهم القديمة في الامصار المفتوحة عنوة لقوة الادلة التي ذكروها ، كما ان هذا الابقاء يتفق واقرار الاسلام لاهل الذمة على عقيدتهم وعدم التعرض لهم بشأنها • اما منعهم من الاحداث في ارض الحجاز كما ذهب اليه جميع الفقهاء فلا كلام لنا فيه لان الحجاز لا يتوطن فيه اهل الذمة كما قلنا سابقا •

والذي عليه العمل الآن في الجمهورية العربية المتحدة والعراق السماح للذمين باحداث الكنائس بعد استحصال الاذن من الحكومة حسب الاصول القانونية •

٨٨ - ثانيا - فيما يخص اقامة شعائرهم الدينية :

للذمين الحق في اقامة شعائرهم الدينية داخل معابدهم • ويمنعون من اظهارها في خارجها في امصار المسلمين ، لان امصار المسلمين مواضع اعلام الدين واظهار شعائر الاسلام من اقامة الجمع والاعياد واقامة الحدود ونحو ذلك فلا يصح اظهار شعائر تخالفها، لما في هذا الاظهار من معنى الاستخفاف بالمسلمين والمعارضة لهم • اما في القرى والمواضع التي ليست من امصار المسلمين فلا يمنعون من اظهار شعائرهم الدينية • وهذا مذهب الحنفية (١) •

والحنابلة قالوا بالمنع دون ان يفصلوا تفصيل الحنفية • فقالوا يمنعون من اظهار الصلبان وضرب النواقيس ونحو ذلك (٢) • والشافعية كالحنابلة في هذه المسألة ، الا انهم صرحوا بجواز اظهار شعائرهم الدينية اذا انفردوا في قرية (٣) •

٨٩ - القول الراجح وما عليه العمل الآن :

والذي اراه في هذه المسألة ، ان ذهاب الفقهاء الى القول بمنع الذمين من اظهار شعائرهم الدينية خارج كنائسهم في امصار المسلمين

- (١) الكاساني ج٧ ص ١١٣ ، شرح السير الكبير ج٣ ص ٢٥١ - ٢٥٢ •
- (٢) كشف القناع ج١ ص ٧٢١ •
- (٣) مغني المحتاج ج٤ ص ٢٥٧ •

مبناه مراعاة المصلحة العامة للدولة الاسلامية آنذاك لئلا يحدث من اظهار شعائرهم في امصار المسلمين شيء من الفتنة والاضطراب . فليس المنع اذن منصب على ذات الشعائر الدينية واما لامر آخر هو ما ذكرناه . ولهذا لم يمنع هؤلاء الفقهاء اظهار شعائرهم الدينية في القرى والمواضع التي ليست من امصار المسلمين ، او في قرى اهل الذمة انفسهم . ولو كان المنع لذات الشعائر الدينية لمنعت في كل مكان . ويعزز رأينا هذا ما جاء في عهد خالد بن الوليد لاهل عانات ، فقد جاء في هذا العهد : « . . . ولهم ان يضربوا نواقيسهم في أي ساعة شاءوا من ليل او نهار الا في اوقات الصلوات وان يخرجوا الصلبان في ايام عيدهم » ^(١) . وقد اعطى خالد بن الوليد مثل هذا العهد لاهل قرقيسياء ، وهي بلدة على نهر الخابور ^(٢) . وعمرو بن العاص لما فتح مصر اطلق الحرية الدينية للاقباط ورد البطريك بنيامين الى كرسيه بعد تغيبه عنه ما يقرب من ثلاث عشرة سنة ، بل انه امر باستقباله بكل حفاوة عندما سار الى الاسكندرية ^(٣) . فهذا وغيره يدل على مدى تسامح المسلمين مع الذميين واعطائهم الحرية الدينية التي تستلزم السماح لهم باقامة الشعائر الدينية ، مما يتفق واقرارهم على عقيدتهم .

وعلى هذا ، فنرى ، في الوقت الحاضر ، ان لولي الامر ان يسمح لاهل الذمة باظهار شعائرهم الدينية في امصار المسلمين وغيرها اذا أمن الفتنة ولم ير مانعا من هذا الاظهار ولا ضرا يترتب عليه . وهذا هو ما يتفق مع الاصل المعروف في الشريعة وهو ترك الذميين وعقائدهم دون التضييق عليهم فيها . وهو ما تجري عليه البلاد الاسلامية في الوقت الحاضر . ففي العراق ، نصت المادة الثانية عشرة من الدستور الموقت على ان : « حرية الاديان مصونة ويجب احترام الشعائر الدينية على الا تكون مخلة بالنظام العام ولا متنافية مع الاداب العامة » . وكان دستور

(١) الخراج لابي يوسف ص ١٤٦ .

(٢) المرجع السابق ص ١٤٧ .

(٣) تاريخ الاسلام السياسي للدكتور حسن ابراهيم حسن ص ٣١٢-٣١٣ .

مصر لسنة ١٩٥٦ ينص في مادته الثالثة والاربعين على ان : « حرية الاعتقاد مطلقة وتحمي الدولة حرية القيام بشعائر الاديان والعقائد طبقا للعقيدة المرعية في مصر على ان لا يخل ذلك بالنظام العام او ينافي الآداب » .

رابعاً - حرية الرأي والاجتماع والتعليم

٩٠ - ليس في نصوص الشريعة الاسلامية وقواعدها ما يمنع الذمين من حرية ابداء الرأي والاجتماع . فلهم ، اذن ، ابداء آرائهم فيما يخص شئونهم وفيما لا علاقة له بالامور الاسلامية ، في حدود القانون الاسلامي والنظام العام للدولة الاسلامية . فلا يجوز لهم ، مثلاً ، الطعن في العقيدة الاسلامية بحجة حرية الرأي .
ولهم حرية الاجتماع في حدود القانون الاسلامي اذ ليس هناك ما يمنع تمتعهم بهذه الحرية .

اما حرية التعليم ، فهي الاخرى ، لهم التمتع بها . فلهم تعليم اولادهم وفق دياتهم وانشاء المدارس الخاصة بهم . ومما يدل على ذلك ان المسلمين بعد فتح خيبر واتتصارهم على اليهود جمعوا الغنائم وكان فيها نسخ من التوراة ، فأمر النبي (ص) بردها الى اليهود^(١) .
انه ليس لهم ان يسيئوا استعمال هذه الحرية او حرية ابداء الرأي فيقوموا ، مثلاً ، بالتجوال في انحاء الدولة الاسلامية لحمل المسلمين على الردة عن الاسلام بحجة التعليم وابداء الرأي ، لان الردة جريمة في نظر الاسلام ولا تجوز المساهمة في وقوع الجريمة . . . ولكن لهم - على ما نرى - ابداء محاسن دينهم ، والمجادلة مع غيرهم بالحسنى ، لان الاسلام ذكر انبياءهم بالخير وذكر ما في شرائعهم من محاسن وامر بمجادلتهم بالحسنى قال تعالى : « ولا تجادلوا اهل الكتاب الا بالتي هي احسن . . . »^(٢) . فالجدال والمناقشة بالحسنى ، في امور الديانة ،

(١) امتناع الاسماع للمقريري ص ٣٢٣ .

(٢) سورة العنكبوت ج ٢٠ الآية ٤٦ .

من الامور المباحة للذمين .

وفي الوقت الحاضر ، يتمتع الذميون بحرية الرأي والاجتماع والتعليم ، في العراق والجمهورية العربية المتحدة . لان الدستور في هاتين الدولتين ساوى بين المواطنين في الحقوق والواجبات بغض النظر عن اختلافهم في العقيدة ، وقد ذكرنا النصوص من قبل .

خامسا - حق التمتع بمرافق الدولة وكفالة بيت المال

٩١ - للذمين حق التمتع بالمرافق العامة للدولة كوسائل المواصلات ومشروعات الري والانارة ومياه الشرب ونحو ذلك . ولهم ايضا التمتع بمرق القضاء اذا اعتبرناه مرفقا عاما . وفي الحديث الشريف : « الناس شركاء في الماء والكلاء والنار » ^(١) ولفظ الناس بعمومه يشمل الذمين . ولكن هل لهم حق في بيت المال في حالة عجزهم وحاجتهم ؟

الدولة الاسلامية تكفل المسلم اذا احتاج كأن يعجز عن العمل ولا شيء عنده فتعطيه من موارد بيت المال ما يسد به حاجته . وكفالة الدولة الاسلامية للمحتاجين لا تقتصر على المسلمين دون الذمين بل تشملهم ايضا لانهم من رعاياها ومن حقهم عليها ان ترعاهم ، قال صلى الله عليه وسلم « كلکم راع وكلکم مسئول عن رعيته ، فالامام راع ومسئول عن رعيته » ^(٢) . كما ان رعاية الذمي عند الحاجة والعوز امر يعتبر من الرحمة والاحسان ، والاسلام هو دين الرحمة والاحسان ، قال تعالى « والله يحب المحسنين » ^(٣) . وقال النبي (ص) : « الراحمون يرحمهم الله تعالى ، ارحموا من في الارض يرحمكم من في السماء » ^(٤) . ومع هذه النصوص العامة توجد نصوص خاصة في الموضوع تدل على

(١) الاموال لابن عبيد ص ٢٩٥ .

(٢) اخرجه الخمسة الا النسائي : تيسير الوصول ج ٢ ص ٣٦ .

(٣) سورة آل عمران ج ٤ الآية ١٣٤ .

(٤) اخرجه ابو داود : تيسير الوصول ج ٢ ص ١١٢ .

كفالة الذمي من قبل الدولة الاسلامية . من ذلك ما رواه ابو عبيد (١) ، في كتابه الاموال عن سعيد بن المسيب (٢) انه قال : « ان رسول الله صلى الله عليه وسلم تصدق بصدقة على اهل بيت من اليهود فهي تجري عليهم » (٣) . وروى الامام محمد بن الحسن ، صاحب ابي حنيفة ، ان النبي صلى الله عليه وسلم بعث الى اهل مكة مالا ، لما قحطوا ، ليوزع على فقرائهم (٤) . واهل مكة كانوا آنذاك مشركين حريين ولم يكونوا ذميين ، فاهل الذمة اولى بالبر والرعاية من الحريين لانهم من رعايا الدولة الاسلامية .

٩٢ - وفي ظل هذه المعاني الاسلامية الكريمة ، والهدى النبوي الشريف ، سار الخلفاء الراشدون وولاة الامور وقادة المسلمين ، فاحاطوا الذميين بالرعاية والعناية وأشركوهم مع المسلمين في كفالة بيت المال عند العجز والحاجة . فخالد بن الوليد في صلحه مع اهل الحيرة ، في زمن ابي بكر الصديق رضي الله عنه ، يسجل في صلحه لهم ما يأتي : « وجعلت لهم ايما شيخ ضعف عن العمل او اصابته آفة من الآفات او كان غنيا فافتقر وصار اهل دينه يتصدقون عليه طرحت جزيته وعيل من بيت مال المسلمين ما اقام بدار الهجرة ودار الاسلام » (٥) .

ولا شك في ان ما ذكره خالد بن الوليد في صلحه من كفالة بيت المال للذمي العاجز كان امرا معروفا عند المسلمين ، ولا بد ان الخليفة ابا بكر

(١) هو الامام الفقيه المحدث اللغوي الحجة ابو عبيد القاسم بن سلام . جمع صنوفا من العلم ، وصنف الكتب في الفقه والحديث واللغة . ولد سنة ١٥٤ هـ وتوفي سنة ٢٢٤ هـ : من ترجمة الحافظ الذهبي ، في مقدمة كتاب الاموال لابي عبيد ص ٢٣ وما بعدها .
(٢) سعيد بن المسيب من فقهاء التابعين في المدينة ، وكان بعد افقه اهل الحجاز ، اخذ علمه عن فقهاء الصحابة . ولد سنة ١٥ هـ ومات سنة ٩٤ هـ : طبقات الفقهاء للشيرازي ص ٢٤ ، وحسن الاثر في التعريف برجال الاثر ص ٤٩ .

(٣) الاموال لابي عبيد ص ٦١٣ .
(٤) شرح السير الكبير ج ١ ص ١٤٤ .
(٥) الخراج لابي يوسف ص ١٤٤ .

- ١٠٤ -

الصديق علمه ولم ينكره ، ولم ينقل لنا انكار من احد على ما فعله خالد فيكون اجماعاً^(١) .

وعمر بن الخطاب يقرر ايضا هذا المعنى ، فقد روى البلاذري في تاريخه :

« ان عمر بن الخطاب عند مقدمه الجابية من ارض دمشق ،
مر بقوم مجذومين من النصارى فأمر ان يعطوا من الصدقات
وان يجري عليهم القوت »^(٢) .

وروي الامام ابو يوسف ، في كتابه الخراج ، ان عمر بن الخطاب مرّ بباب قوم وعليه سائل يهودي يقول : شيخ كبير ضرير البصر . فقال له عمر : ما ألجأك الى هذا ؟ قال : الحاجة والجزية ، فاخذ عمر بيده ، وذهب الى منزله واعطاه شيئاً ثم ارسل الى خازن بيت المال وقال له : انظر هذا وامثاله فوالله ما انصفناه ان أكلنا شيبته ثم نخذله عند الهرم ، وقرأ قوله تعالى : « انما الصدقات للفقراء والمساكين » وقال : والفقراء هم المسلمون ، وهذا من المساكين من اهل الكتاب . ووضع عنه الجزية وعن ضربائه^(٣) .

ثم وجدنا من حكام المسلمين من يأمر عماله بالتحري عن المحتاجين من اهل الذمة ليجري عليهم العطاء من بيت المال ، لئلا يغفل عنهم ولاية الامور ولا يتقدمون هم بحاجتهم الى الدولة فيبقون تحت وطأة الفقر والعوز ، فقد روى ابو عبيد في كتابه الاموال ان عمر بن عبد العزيز الخليفة الاموي المعروف كتب الى عامله في البصرة عدي بن ارجلة :

(١) وهذا اجماع سكوتي . والعلماء يختلفون في حجته . فاکثر الحنفية واحمد بن حنبل على انه كالاجماع الصريح فهو حجة قطعية . والمالكية والشافعية على انه ليس باجماع لان اركان الاجماع غير متحققة فيه ، فلا يعتبر اجماعاً ولا حجة ظنية : المدخل للفقهاء الاسلامي لاستاذنا محمد سلام مذكور ص ٢٣٧ ، وكتابنا الوجيز في اصول الفقه ص ١٦٩ - ١٧٠ .

(٢) البلاذري ص ١٧٧ .

(٣) الخراج لابي يوسف ص ١٤٤ .

— ١٠٥ —

« اما بعد .. وانظر من قبلك من اهل الذمة قد كبرت سنه وضعفت قوته وولت عنه المكاسب فأجر عليه من بيت مال المسلمين ما يصلحه ... » (١) .

ومن هذا كله نستطيع ان نقول ان الدولة الاسلامية ملزمة باعالة المحتاجين من اهل الذمة ، وهذا الالتزام يعتبر صورة رائعة من صور الضمان الاجتماعي الذي طبقته الدولة الاسلامية عملا بتعاليم الاسلام دون التفات الى دين الذمي وعقيدته ، وبالرغم من ان الدولة الاسلامية قامت على اساس الدين الذي لا يدين به الذمي .

٩٣ - هل تجوز كفالة الذمي وسد حاجته من الزكاة ؟

موارد بيت المال غير مقصورة على الزكاة ، فهناك الجزية والخراج والعشور وخمس الفنائم ومال من لا وارث له والودائع والفصوب والعواري التي تعذر معرفة اصحابها وغير ذلك (٢) . وقد قلنا ان الذمي له حق في بيت المال وان الدولة الاسلامية تقرر له ضمنا اجتماعيا عند حاجته فتعطيه من بيت المال ما يسد هذه الحاجة . ونريد ان نتساءل هنا هل يجوز اعطاء الذمي من الزكاة اذا تحققت حاجته ولزمت كفالتة

(١) الاموال لابي عبيد ص ٤٥ - ٤٦ . وبيت المال يقابل ما يسمى في الوقت الحاضر بالخزانة العامة فهو الجهة التي تجبي اليها الاموال من مواردها المقررة لتصرف في مصارفها المقررة شرعا .

ولم يتخذ النبي (ص) بيتا لحفظ مال الدولة لانه كان (ص) يعجل قسمة كل ما اتاه في يومه : حقيقة الاسلام واصول الحكم للشيخ محمد بنحيث المطيعي وكان ابو بكر اول من اتخذ للمال بيتا يحفظ فيه ما يبقى من الاموال : تاريخ التشريع الاسلامي لاستاذنا محمد سلام مذكور ص ٨٣ هامش ١ . وقد اعطى الفقهاء لبيت المال خواص الشخصية المعنوية فقالوا ان المال الذي ليس له مالك معين وهو من استحقاق المسلمين فهو من حقوق بيت المال فاذا قبض صار بالقبض مضافا الى بيت المال سواء ادخل الى حرزه ام لم يدخل : الماوردي ص ٢٢٥ . ومذكرات في السياسة الشرعية لتخصص القضاء الشرعي للقاضي محمد البناء طبعة ١٩٤٣ م ص ١٥٩ . والفقهاء الاسلامي لاستاذنا محمد سلام مذكور ص ٤٤١ .

(٢) السياسة الشرعية لابن تيمية ص ٣٠ وما بعدها .

من بيت المال ؟

قال ابن قدامة الحنبلي صاحب المغني : « لا نعلم بين اهل العلم خلافا في ان زكاة الاموال لا تعطى لكافر ولا مملوك . قال ابن المنذر واجمع كل من نحفظ عنه من اهل العلم ان الذمي لا يعطي من زكاة الاموال شيئا ولان النبي (ص) قال لمعاذ اعلمهم ان عليهم صدقة تؤخذ من اغنيائهم وترد في فقرائهم . . . » (١) .

والواقع ان في هذه المسألة شيئا من الخلاف . فالجمهور الاعظم من فقهاء المسلمين من مختلف المذاهب لا يرون اعطاء الذمي شيئا من الزكاة محتجين بحديث معاذ: خذها من اغنيائهم وردها في فقرائهم (٢) . وقلة من الفقهاء ذهبوا الى جواز الاعطاء ، منهم الامام زفر من الحنفية ، فقد جاء في المبسوط : « ولا يعطى من الزكاة كافر الا عند زفر (٣) رحمه الله تعالى فانه يجوز دفعها الى الذمي وهو القياس لان المقصود اغناء الفقير المحتاج على طريق التقرب وقد حصل . ولنا قوله صلى الله عليه وسلم : خذها من اغنيائهم وردها في فقرائهم . فذلك تنصيب على الدفع الى فقراء من تؤخذ من اغنيائهم وهم المسلمون » (٤) . وذهب بعض الاباضية الى الجواز ولكن الصحيح عندهم عدم دفعها للذمي الا عند عدم وجود المسلم المستحق وتعذر اربال الزكاة الى الامام ، فقد جاء في شرح النيل : « واجاز بعضهم ان تعطى الزكاة لطفل مخالف امه في الولاية ، وبعض ان تعطى لفقير ذمي ، ذكره في التاج . والصحيح انها لا تعطى الا لمتول . وان لم يوجد . . . والا فلنصراني والا فليهودي

(١) المغني ج ٢ ص ٦٥٣ - ٦٥٤ .

(٢) الجليل للخطاب ج ٢ ص ٣٤٣ ، فتح العزيز ج ٩ ص ٢١١ ، احكام القرآن للجصاص ج ١ ص ٤٦١ - ٤٦٢ ، الكاساني ج ١ ص ٤٩ ، شرح الازهار ج ١ ص ٥٢٠ .

(٣) هو زفر بن الهذيل بن قيس صاحب ابي حنيفة . قال عنه ابو حنيفة هو اقيس اصحابي . وكان ثقة في الحديث . ولد سنة ١١٠ هـ وتوفي سنة ١٥٨ هـ : الجواهر المضية ص ٢٤٤ .

(٤) المبسوط ج ٢ ص ٢٠٢ - ٢٠٣ .

والا فليجوسي وذلك كله مع عدم الامكان وخوف فجأة الموت وعدم وجود سبيل بنحو ارسال» (١). وذكر الامام الجصاص الخلاف فذكر قول الجمهور وهو المنع واحتج له بحديث معاذ ثم ذكر قول عبيد الله بن الحسن بجواز اعطاء الزكاة للذمي اذا لم يجد مسلما (٢).

وحديث معاذ الذي احتج به الجمهور حديث صحيح رواه البخاري ومسلم والترمذي وغيرهم . ولفظ البخاري : « ... عن ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي (ص) بعث معاذا رضي الله عنه الى اليمن فقال ادعهم الى شهادة ان لا اله الا الله واني رسول الله ، فان هم اطاعوا لذلك فاعلمهم ان الله قد افترض عليهم خمس صلوات في كل يوم وليلة فان هم اطاعوا لذلك فاعلمهم ان الله افترض عليهم صدقة في اموالهم تؤخذ من اغنيائهم وترد على فقرائهم » (٣).

وقال القسطلاني في شرح هذا الحديث : « فيه استدلال بعضهم على عدم جواز نقل الزكاة عن بلد المال لقوله (ص) وترد على فقرائهم . قلت هذا الاستدلال غير صحيح لان الضمير في فقرائهم يرجع الى فقر المسلمين وهو اعم من ان يكون للفقراء من اهل تلك البلدة او غيرهم » (٤). فالقسطلاني يرى معنى الحديث هو فقراء المسلمين لا فقراء اهل اليمن كما ذهب اليه بعضهم . وقال ابن دقيق العيد في هذا الحديث : « وقد استدل به على عدم جواز نقل الزكاة عن بلد المال . وفيه عندي ضعف لان الاقرب ان المراد : تؤخذ من اغنيائهم من حيث انهم مسلمون لا من حيث انهم من اهل اليمن ، وكذلك الرد على فقرائهم . وان لم يكن هذا هو الاظهر فهو محتمل احتمالا قويا » (٥).

من هذا كله يتضح لدينا ان الحديث الذي استدل به الجمهور على

(١) شرح النيل ج ٢ ص ١٣٣ .

(٢) احكام القرآن للجصاص ج ٣ ص ٢١٥ .

(٣) عمدة القاري شرح صحيح البخاري للقسطلاني ج ٨ ص ٢٣٤ .

(٤) عمدة القاري شرح صحيح البخاري للقسطلاني ج ٨ ص ٢٣٤ .

(٥) احكام الاحكام شرح عمدة الاحكام لابن دقيق العيد ، مطبعة السنة المحمدية ، سنة ١٩٥٣ ج ١ ص ٣٦٤ .

منع اعطاء الذمي من الزكاة حديث صحيح • وان الجمهور فهم منه عدم جواز اعطاء الذمي من الزكاة وان بعض علماء الحديث جعل احتمال دلالته على غير هذا المعنى احتمالا ضعيفا مرجوحا • ولكن يعكر على ما ذهب اليه الجمهور ما روي ان عمر بن الخطاب لما رأى اليهودي يسأل الناس وسأله عن سبب السؤال واجابه اليهودي انه الكبر والحاجة ، قرأ عمر بن الخطاب قوله تعالى : « انما الصدقات للفقراء والمساكين » ثم قال : والفقراء هم المسلمون وهذا من المساكين من اهل الكتاب (١) • فظاهر استدلال عمر بن الخطاب يدل على جواز دفع الزكاة الى اهل الذمة ، وقد نبه الى هذا المعنى الظاهر الجصاص الحنفي والكاساني في بدائعهم ، ولكنهما قالا : ولكن الفقهاء منعوا ذلك لحديث معاذ خذها من اغنيائهم وردھا في فقرائهم (٢) • وروي الطبري في تفسيره « عن نافع قال : سمعت عكرمة في قوله تعالى : انما الصدقات للفقراء والمساكين • قال : لا تقولوا لفقراء المسلمين مساكين انما المساكين مساكين اهل الكتاب » (٣) • فهذا القول من عكرمة ، كما يحكيه الطبري ، يشعر بان آية الصدقات تشمل اهل الذمة •

٩٤ — فالمسألة اذن خلافية ، الجمهور على المنع ، وقلة من الفقهاء على الجواز • والمجيزون يؤيد قولهم عموم آية الصدقات وما روي عن عمر وعكرمة • والجمهور يؤيد قولهم الحديث الذي احتجوا به : خذها من اغنيائهم وردھا على فقرائهم •

والذي اراه واميل اليه ان الزكاة لا تدفع الى الذمي ما دام هناك مسلم مستحق لها ، اما اذا لم يوجد فقير مسلم فأرى جواز دفعها الى الذمي الفقير المحتاج لان الذمي اهل للتصدق عليه •

وانما ذهبت الى هذا الرأي لان الحديث في غاية الصحة ودلالته

(١) فقرة ٩٢ ص ١٠٤ من هذه الرسالة •

(٢) احكام القرآن للجصاص ج ١ ص ٤٦١ - ٤٦٢ ، الكاساني ج ١ ص ٤٩ •

(٣) تفسير الطبري ج ١٠ ص ١٥٩ •

— ١٠٩ —

على المني الذي ذهب اليه الجمهور دلالة واضحة ظاهرة لا يمكن اغفالها .
فاذا لم يوجد فقير مسلم امكن في هذه الحالة دفعها اليه باعتباره من اهل
الصدقة ولان المنع من اعطائه ليس قطعيا .

ولكن اذا لم يعط الذمي من الزكاة باعتباره فقيرا ، فأرى جواز
اعطائه باعتباره من المؤلفة قلوبهم ، لان من ضروب التأليف اعطاء غير
المسلم من الزكاة ليسلم ، وهذا ما صرح به المالكية والزيدية . و اضاف
الزيدية على هذا النوع من التأليف ، التأليف لنصرة الامام او القعود
عن نصرة اعدائه ^(١) . ولا شك ان في اعطاء الذمي تأليفا لقلبه على
الاسلام ونصرة للدولة وتعلقا بها . فان العطاء من اعظم الامور المحبة
للاسلام لا سيما لفقير معوز محتاج ، كما انه يقوي رابطة الشخص
بدولته ويهب لنصرتها ونصرة القائمين عليها .

٩٥ - كفالة الذمي في الوقت الحاضر :

في الجمهورية العراقية ترعى الدولة مواطنيها وقت الحاجة بفض
النظر عن ديانتهم ، فقد نص قانون المؤسسات الاجتماعية رقم ٤٢ لسنة
١٩٥٨ على انشاء المعاهد والمؤسسات لرعاية وتأمين معيشة وسكن
وتثقيف الاحداث والايتام والعاجزين ^(٢) . ونص نظام مؤسسات
رعاية العجزة رقم ١٠ لسنة ١٩٥٩ على تأسيس مؤسسات لرعاية العجزة
لايدهم فيها وتوفير الرعاية الاجتماعية للشيخوخ والمقعدين والمحتاجين
وتجهيز هذه المؤسسات بالارزاق والكساء ^(٣) .

(١) منح الجليل للشيخ عيش ج١ ص ٣٧٠ ، التاج والاكليل للمواق ج٢
ص ٣٤٩ - ٣٥٠ شرح الازهار ج١ ص ٥١٣ : « تأليف كل أحد جائز
للامام فقط ولا يجوز ذلك الا لمصلحة دينية نحو ان يتالفه ليسلم او
ليحسن اسلامه او لينصره او ليقعد عن نصرة اعدائه » . ويلاحظ هنا
ان الزيدية اجازوا للامام فقط اعطاء غير المسلم من الزكاة على سبيل
التأليف . اما المالكية فقد اطلقوا القول ولم يقيدوه بالامام وهذا
ما نرجحه ، فيجوز للمسلم ان يعطي اللمي من زكاته على سبيل
التأليف اذا تولى هو اخراج زكاته .

(٢) المادة الثانية من القانون رقم ٤٢ لسنة ١٩٥٨ .

(٣) المادتان ٢١ و ٢٢ من نظام مؤسسات رعاية العجزة رقم ١٠ لسنة ١٩٥٩ .

- ١١٠ -

ونص قانون الاغاثة الاجتماعية رقم ٧٧ لسنة ١٩٥٨ على تأسيس مؤسسة باسم مؤسسة الاغاثة الاجتماعية ، الغاية منها تقديم المساعدات الى المحتاجين والمعوذين والمنكوبين (١) .

كما ان قانون ادارة البلديات رقم ٨٤ لسنة ١٩٣١ وتعديلاته نص على مساعدة واسعاف الفقراء والمحتاجين باعطائهم مرتبات شهرية او منح من وقت الى آخر (٢) . وهذه النصوص التي جاءت في هذه القوانين العراقية تشمل جميع العراقيين بغض النظر عن اختلافهم في العقيدة والدين .

وفي الجمهورية العربية المتحدة ، كان دستور مصر سنة ١٩٥٦ ينص : للمصريين الحق في المعونة في حالة الشيخوخة وفي حالة المرض او العجز عن العمل . وكلمة المصريين جاءت عامة تشمل المسلم وغير المسلم .

سادسا - حرية العمل

٩٦ - وللذمين حرية العمل في دار الاسلام ومباشرة النشاط الاقتصادي الذي يرغبون فيه ومزاولة العمل الذي يريدونه ، فقد قال الفقهاء ان الذمين في المعاملات والتجارات والبيوع وسائر التصرفات كالمسلمين الا ما استثنى من معاملات الربا فهي محظورة عليهم كالمسلمين ، لان النبي عليه الصلاة والسلام كتب الى مجوس هجر : اما ان تذكروا الربا او تأذنوا بحرب من الله ورسوله . وهذا في نهاية الوعيد فيدل على نهاية الحرمة ، وان الذمين كالمسلمين في حرمة التعامل بالربا (٣) . كما يمنع الذميون من بيع الخمر والخنازير في امصار المسلمين او ادخالها في امصار على وجه الشهرة والظهور ، الا ان لهم بيعها في قراهم وامصارهم او في موضع ليس من امصار المسلمين ولو كان فيه مسلمون (٤) .

(١) المادتان ١ و ٢ من القانون المذكور .

(٢) انظر المادة ٤٤ - ز - من القانون المذكور .

(٣) احكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٤٣٦ ، الكاساني ج ٥ ص ١٩٣ .

(٤) شرح السير الكبير ج ٢ ص ٢٥١ ، ٢٥٤ . الكاساني ج ٧ ص ١١٣ .

والخلاصة فليس في الشريعة الاسلامية ما يحول دون تمتع
الذمين بحرية العمل الا في المسائل التي ذكرناها ، ولهذا كانوا يباشرون
انواع التجارات والاعمال ، من ذلك جلبهم الطعام من الشام الى
المدينة^(١) . وقد كان من اهل الذمة اصحاب الصنائع التي تدر ارباحا
وفيرة كما كان منهم الصيارفة والاطباء واصحاب الضياع^(٢) .

٩٧ - وللذمين في الوقت الحاضر ، في العراق والجمهورية العربية
المتحدة ، حرية العمل ومباشرة النشاط الاقتصادي الذي يرغبون فيه
وممارسة الاعمال بصورة فردية وبتأليف الشركات . فهم والمسلمون
سواء في حرية العمل . وكان دستور مصر في سنة ١٩٥٦ ينص في مادته
الثانية والخسين : « للمصريين حق العمل وتعني الدولة بتوفيره » .
وهذا النص وان لم يرد في دستور الجمهورية العربية المتحدة الموقت الا
انه يندرج في نطاق الحقوق العامة التي نص هذا الدستور على تمتع
جميع المواطنين بها . وكذلك الحال في العراق فان الدستور الموقت لم
ينص على حق للعمل للمواطنين ومع هذا فهو يندرج ضمن الحقوق
العامة التي نص عليها هذا الدستور لجميع المواطنين .

المطلب الثاني

الحقوق العامة للمستأمنين

٩٨ - من المقرر في الوقت الحاضر بين الدول ان الدولة تجعل

(١) شرح الخرخشي ج٣ ص ١٤٤ ، المغني ج٨ ص ٥٣٠ ، ابو يعلى الحنبلي
ص ١٨١ ، الماوردي ص ١٦٢ .

(٢) كتاب الحضارة الاسلامية في القرن الرابع الهجري تأليف آدم متر
وترجمة محمد عبد الهادي ابو ريده طبعة سنة ١٩٤٠ في القاهرة
صحيفة ٦٥ . وقد كان الخلفاء العباسيون يتخذون اطباء من اهل
الذمة ، فهارون الرشيد كان طبيبهم جبرائيل بن بختيشوع وكانت له منزلة
كبيرة عنده : اهل الذمة في الاسلام تأليف ا . سرتون ، ترجمة حسن
حبشي طبعة ١٩٤٩ ص ١٦٩ .

القاعدة في تمتع الاجانب بالحقوق العامة تشبيهم بالمواطنين . الا ان هذا التشبيه لا يعني انه من الضروري مساواتهم مع المواطنين ، وانما يعني ان الدولة يجب ان تعترف لهم بالحد الأدنى من هذه الحقوق الذي يكفله القانون الدولي العام للاجانب ، لان الحقوق العامة تعتبر مقومات الشخصية الانسانية ويترتب على تجريد الانسان منها اضرار انسانيته ، ولهذا قرر معهد القانون الدولي عند انعقاده في نيويورك سنة ١٩٢٩ اعتبار هذه الحقوق حقوقا دولية للانسان ^(١) . واذا رفضت الدولة الاعتراف للاجانب بالحقوق العامة اعتبرت مخالفة لقواعد القانون الدولي العام وتقررت مسؤوليتها ^(٢) .

٩٩ - والمستأمنون في دار الاسلام ، بالرغم من كونهم اجانب ، فان الدولة الاسلامية قررت لهم من الحقوق العامة ما يقرب جدا من الحقوق العامة للذمي كما سنرى فيما بعد . وعلى هذا فان الحد الأدنى من الحقوق العامة الذي يقره القانون الدولي العام في الوقت الحاضر بالنسبة للاجانب متيسر للمستأمنين في ظل الدولة الاسلامية .

وسنذكر فيما يلي هذه الحقوق التي يتمتع بها المستأمن في دار الاسلام ، ونذكر اولاً مدى حقه في دخول دار الاسلام .

اولاً - حق المستأمن في دخول دار الاسلام

١٠٠ - يرى غالبية علماء القانون الدولي العام ان الاجنبي يتمتع بحق الدخول في اقليم بلد اجنبي . وهذا الحق مصدره القانون الدولي العام ، وتقضي به المعاملات الدولية وما بين الدول من تعاون . وهناك رأي آخر يقول ان للدولة الحق في تنظيم دخول الاجانب في اقليمها ، فلها ان تمنع دخولهم ، ولها ان تقبل دخولهم وفق شروط معينة ، ولا يوجد ما يلزم الدولة الزاماً قانونياً بقبول دخول الاجانب في

(١) الدكتور عز الدين عبد الله المرجع السابق ، ج ١ ص ٣٧١ - ٣٧٢ .

(٢) استاذنا الدكتور جابر جاد، القانون الدولي الخاص ، ج ١ ص ٢٧١ .

اقليمها (١) .

١٠١ - واذا ما نظرنا الى هذه المسألة بالنسبة الى دار الاسلام فاننا نلاحظ ان الدولة الاسلامية ليست دولة مغلقة الابواب في وجوه الاجانب ، بل العكس هو الصحيح . فالاجنبي يدخل دار الاسلام بأمان من قبل آحاد المسلمين . والدولة الاسلامية قامت على اساس الاسلام وتحمل فكرته وتدعو اليها ، فلا عجب في فتح ابوابها للاجانب ليروا محاسن الاسلام وعدالته ويخالطوا المسلمين ، اذ قد يدعوهم ذلك الى الاسلام ، وفي هذا غنيمة للمسلمين ، قال النبي الكريم (ص) : « لان بهدي الله بك رجلا خير لك مما طلعت عليه الشمس وغربت » (٢) .

فالدولة الاسلامية ، اذن ، وهذه هي طبيعتها وغايتها ، لا يمكن ان تضيق بدخول الاجانب في اقليمها ، فضلا عما يترتب على دخولهم من تسهيل التعامل التجاري واستيراد البضائع وتصديرها .

١٠٢ - ولكن هل هناك الزام شرعي يلزم الدولة الاسلامية بقبول الاجانب في اقليمها ؟ للجواب ، يجب ان نفرق بين حالتين : -

الحالة الاولى :

اذا طلب الحربي امانا ليدخل دار الاسلام ليسمع كلام الله ويعرف شرائع الاسلام . ففي هذه الحالة تجب اجابته ، ثم يرد الى مأمنه ، لقوله تعالى : « وإن أحد من المشركين استجارك فأجره حتى يسمع كلام الله ثم أبلغه مأمنه » (٣) .

الحالة الثانية :

وفي غير الحالة الاولى ، كما لو طلب الحربي امانا ليدخل دار

(١) استاذنا الدكتور جابر جاد ، القانون الدولي الخاص ، ج١ ص ٢٨١ وهامش ٥ ، والدكتور عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، ج١ ص ٣٧٢ - ٣٧٣ .

(٢) الجامع الصغير للسيوطي ج٢ ص ٣٤٤ ، وقد روي هذا الحديث بلفظ آخر ، انظر معاني الآثار للطحاوي ج٢ ص ١١٨ .

(٣) كشف القناع ج١ ص ٦٦٦ ، شرح منتهى الارادات ج١ ص ٧٣٦ ، مغني المحتاج ج٤ ص ٢٣٧ .

الاسلام للتجارة ، لا يوجد الزام شرعي على الدولة الاسلامية يلزمها باجابة طلبه ، وانما الامر متروك لتقدير الدولة فلها ان تجيب الطلب ولها ان ترفضه (١) .

ومع هذا ، فقد نجد في الآية الكريمة « وان احد من المشركين استجارك فأجره ... الخ » ما يشير الى ان المرغوب فيه هو اعطاء الامان لمن يطلبه الا اذا كان في اعطائه مفسدة وفقا لتقدير الامام . لان دخول الاجنبي دار الاسلام يؤدي الى اطلاعه على محاسن الاسلام وشرائعه واحكامه ، فيكون دخوله متضمنا في جميع الاحوال معنى قوله تعالى : « حتى يسمع كلام الله » ، وان لم يطلب الاجنبي الامان لهذا الغرض بالذات . وعلى هذا ، فاذا لم تجب اجابة طلب الامان ، في هذه الحالة ، فانها على الاقل تترجح ولا ينبغي رفض طلب الامان الا لمسوغ شرعي .

١٠٣ - ما عليه العمل الآن :

تجري الدول الاسلامية في الوقت الحاضر ، كالجهورية العربية المتحدة والسعودية والعراق ، على اساس مراعاة مبدأ قبول الاجانب فيها . وتشترط لدخولهم شروطا خاصة مثل توافر جواز السفر عند الاجنبي وتأشيرة الدخول وغير ذلك (٢) .

(١) مغني المحتاج ج٤ ص ٢٣٧ : ولا تجب اجابة من طلب الامان الا اذا طلبه لسماع كلام الله تعالى فتجب قطعا .
(٢) في الجمهورية العربية المتحدة يشترط لدخول الاجنبي ان يكون حاملا جواز سفر ساري المفعول صادرا من سلطات بلده المختصة ، وان يكون مؤشرا عليه من قبل وزارة الداخلية او من سلطة سياسية او قنصلية مصرية (عربية) او من هيئة اخرى تنتدبها الحكومة : المادة الاولى من المرسوم بقانون رقم ٧٤ لسنة ١٩٥٢ . كما تنص المادة الثانية منه : « لا يجوز دخول الاراضي المصرية او الخروج منها الا من الاماكن التي تنظم فيها الرقابة على الجوازات وبأذن من الموظف المختص بالرقابة » .

وفي المملكة العربية السعودية ينص نظام الجوازات السفرية الصادر سنة ١٣٥٨ هـ في مادته الاولى : « على كل قادم الى المملكة العربية السعودية ان يؤشر على جوازه من معتمد الحكومة العربية السعودية »

ويلاحظ هنا ان الدول الاسلامية تحصر اعطاء الامان للاجنبي بها دون غيرها من آحاد المواطنين، وهذا الامان يتمثل بـ «تأشيرة الدخول» التي تمنحها السلطات المختصة للدولة في الخارج حسب الشروط المقررة في قانون الدولة . وهذا الاتجاه - أي حصر اعطاء تأشيرات الدخول بالدولة فقط - ينسجم مع روح الفقه الاسلامي ويلائم طبيعة الامان وما يترتب عليه ، ويتفق مع ما ذهب اليه بعض الفقهاء من وجوب قصر منح الامان على الامام اذا نهى الرعية عنه كما ذكرنا من قبل ، ويتفق ومقتضيات العصر الذي نعيش فيه وطبيعة الدول الحاضرة .

ثانيا - مدة اقامة المستامن

١٠٤ - قال الاحناف ، اذا دخل الحربي دار الاسلام بأمان فلا يمكن من الاقامة الدائمة او الطويلة وانما يسمح له بالاقامة اليسيرة ، لان في طول اقامته ضرا على الدولة الاسلامية اذ قد يكون جاسوسا . وقدروا هذه المدة اليسيرة بأقل من سنة (١) .

وعند الحنابلة يجوز ان تكون مدة الامان اكثر من سنة ولكن

« في الخارج ... » .

ونص نظام الاقامة السعودي الصادر سنة ١٣٧١ هـ في مادته الثالثة : « لا يعتبر دخول الاجنبي الى اراضي المملكة او خروجه منها مشروعا الا اذا كان : ١ - عن طريق البحر - من الموانئ المخصصة لذلك . ب - عن طريق البر من مراكز الحدود المعدة لذلك . ج - عن طريق الجو من المطارات المدنية المصرح بالهبوط فيها » . وفي العراق نص قانون اقامة الاجانب رقم ٣٦ لسنة ١٩٦١ في مادته الثانية : « لا يجوز دخول الاجنبي اراضي الجمهورية العراقية او الخروج منها الا وفق الشروط التالية : ان يكون حاملا جواز سفر ساري المفعول صادرا من سلطة مختصة في بلده او اي سلطة اخرى معترف بها . ان يكون حائزا على سمة الدخول مؤشرة في جواز سفره » .

وقد عينت المادة الرابعة شروط منح سمة الدخول ومنها الا يكون مانع من دخوله العراق يتعلق بالصحة العامة او الامن او الآداب العامة الخ .

(١) شرح الكنز للزليبي ج ٣ ص ٢٦٨ .

ولكن اذا لم يحدد له الامام مدة معينة ، او لم ينذره بالخروج ، فان اقامته قد تطول الى اكثر من سنة : انظر فقرة « ٢٦ » ص ٣٣ من هذه الرسالة .

يجب ان لا تزيد عن عشر سنوات (١) . ومعنى ذلك ان للمستأمن ان يقيم في دار الاسلام اكثر من سنة اذا لم تحدد مدة امانه بأقل من سنة . وعند الشافعية ، يجب ان لا تزيد مدة الامان على اربعة اشهر ، وفي قول في المذهب يجوز ما لم تبلغ سنة ، اما السنة فلا تجوز قطعاً . وهذا في حق الرجال المستأمنين ، اما النساء فلا يحتاج فيهن الى تقييد الامان بالمدة المذكورة . ويعللون ذلك بان تقييد امان الرجال المستأمنين باربعة اشهر لثلا يتركوا في دار الاسلام بلا جزية ، اما المرأة فليست من اهل الجزية ولهذا افرقت عن الرجل في مدة الاقامة (٢) .

١٠٥ - القول الراجح ، وما عليه العمل الآن :

والذي اراه ، ان ما ذكره الفقهاء في تحديد مدة اقامة المستأمن انما هو من الامور الاجتهادية المحضة ، وليس هو بحكم شرعي ملزم للدولة الاسلامية . وعلى هذا فللامام ان يقدر للمستأمن المدة التي يراها مناسبة لاقامته في دار الاسلام على ضوء الحاجة والمصلحة ولا يتقيد بمدة معينة .

والذي عليه العمل الآن ، ان قوانين الدول الاسلامية تنظم اقامة المستأمن ولا تتقيد بما ذكره الفقهاء . ففي الجمهورية العربية المتحدة ينظم المرسوم بقانون رقم ٧٤ لسنة ١٩٥٢ اقامة الاجنبي في اراضيها والاجراءات التي يلزم بها منذ قدومه الى اقليمها (٣) .

وفي المملكة العربية السعودية ينص نظام الاقامة لسنة ١٣٧١ هـ على القواعد التي تنظم اقامة الاجنبي باراضيها من ذلك ان على الاجنبي

(١) كشف القناع ج١ ص ٦٩٥ ، شرح منتهى الارادات ج١ ص ٧٣٦ : وشرط الامان عدم ضرر على المسلمين فيه وان لا تزيد مدته على عشر سنين .

(٢) متن المنهاج ومفني المحتاج ج٤ ص ٢٣٨ ، الماوردي ص ١٤٦ - ١٤٢ .
(٣) انظر المواد ١ - ١٠ من المرسوم بقانون رقم ٧٤ لسنة ١٩٥٢ . ومن جملة ما نصت عليه هذه المواد ما جاء في المادة التاسعة ، وفيها ، ان يكون الاجنبي حاملاً ترخيصاً بالاقامة واذا اراد تمديد مدة اقامته فعليه مراجعة وزارة الداخلية قبل انتهاء مدة اقامته .

مغادرة البلاد اذا انتهت مدة اقامته الممنوحة له عند اعطائه تأشيرة الدخول من السلطات السعودية الا اذا جددت مدة اقامته ^(١) . وله ان يحصل على رخصة الاقامة بطلب كتابي مسبب وتكون مدتها سنة قابلة للتجديد ^(٢) . الا انه « لا تمنح رخصة الاقامة الدائمة لاجنبي الا بعد مرور ستة اشهر من دخوله الى المملكة يكون خلالها تحت نظر الجهة المختصة بمراقبة الاجانب للاقتناع بوجاهة اسباب اقامته » ^(٣) .

وفي العراق نظم قانون اقامة الاجانب رقم ٣٦ لسنة ١٩٦١ المسائل المتعلقة بدخول الاجنبي ارض العراق واقامته فيها ومدة هذه الاقامة وشروط تجديدها او رفض تجديدها ^(٤) .

ثالثا - الحرية الشخصية

حرية المستأمن في الرواح والمجيء وحماية شخصه من الاعتداء :

١٠٦ - للمستأمن الحرية في الرواح والمجيء وحماية شخصه من أي اعتداء ، او حبسه او معاقبته بغير وجه حق لانه استفاد العصمة لنفسه وماله بالامان الذي اعطيه . وقد قال الفقهاء يجب على امام المسلمين ان ينصر المستأمنين ما داموا في دارنا ، وان ينصفهم ممن يظلمهم ، كما يجب عليه ذلك في حق اهل الذمة ، لانهم تحت ولايتنا ^(٥) .

وهذه الفقهاء في حماية المستأمن والمحافظة عليه الى حد يدعو الى

(١) المادتان ٢٧، ٣٥ من نظام الاقامة السعودي لسنة ١٣٧١ هـ .

(٢) المادتان ٣٦، ٣٧، من نظام الاقامة السعودي .

(٣) المادة ٣٢ من نظام الاقامة السعودي .

(٤) من ذلك ما نصت عليه المادة العاشرة من القانون المذكور :

١ - على كل اجنبي يرغب في البقاء في الجمهورية العراقية اكثر من المدة المسموح له بها بالسمة ان يحصل قبل انتهاء تلك المدة على وثيقة اقامة من ضابط الاقامة لمدة لا تزيد على سنة وله قبل انتهاء هذه المدة بشهر واحد ان يطلب تجديدها من ضابط الاقامة سنة اخرى ويجوز ان يتكرر ذلك لعدة مرات .

٢ - للمدير ان يرفض منح الاجنبي الاقامة او تمديدتها عند وجود ما يستدعي ذلك .

(٥) شرح السير الكبير ج٤ ص ١٠٨ - ١٠٩ .

الاعجاب والاكبار ، فقد قالوا : لا يجوز مفاداة المستأمن بالاسير المسلم ولو طلب اهل الحرب ذلك الا برضا المستأمن نفسه ، ولا يجوز تسليمه الى اهل دار الحرب ولا الى دولته حتى لو هددونا بقتالنا اذا لم نسلمه اليهم ، لان المستأمن في اماننا ويبقى آمنا عندنا حتى يبلغ مأمنه ، فتسليمه غدر باماننا لا رخصة فيه فلا يجوز (١) .

وهذا الاتجاه من فقهاء الشريعة الاسلامية يدل دلالة واضحة على مدى حرصهم على رعاية الامان والحفاظ على حرية المستأمن والابتعاد عن كل عمل قد يدخل في نطاق الخيانة وعدم الوفاء بمقتضيات الامان .

تسليم الاجانب الى دولهم في الوقت الحاضر :

١٠٧ - والدول الحاضرة لا تبلغ هذا المدى في رعاية حرية المستأمن ، فهي تأخذ بمبدأ جواز تسليم الاجانب ، اللاجئين ، الى دولهم اذا طلبتهم وكانوا متهمين بارتكاب جرائم معينة . ويتم تسليمهم وفقا للشروط المتفق عليها بين الدول اذا كان فيما بينها معاهدات في هذا الشأن وفي حدود قوانينها التي تنظم اجراءات التسليم ان وجدت مثل هذه القوانين . فاذا لم توجد معاهدة تسليم ولا قانون داخلي بهذا الموضوع فيتبع في التسليم ما استقر عليه العرف الدولي (٢) .

والدول الاسلامية الحاضرة تنهج هذا النهج فتأخذ بمبدأ جواز تسليم الاجانب ، الموجودين على ارضها والمتهمين بارتكاب جرائم ، الى دولهم اذا طلبتهم ، طبقا للاتفاقيات المعقودة بينها وبين دول هؤلاء ووفقا لتشريعاتها الخاصة ان وجدت .

فالجمهورية العربية المتحدة تستجيب لطلبات الدول الاخرى بشأن تسليم رعاياها طبقا للاتفاقيات المعقودة معها . اما الدول التي لم تعقد معها اتفاقيات ، فان الجمهورية العربية المتحدة تقبل طلباتها بشأن تسليم

(١) شرح السير الكبير ج ٣ ص ٣٠٠ .

(٢) شرح قانون العقوبات المصري الجديد للدكتور محمد كامل مرسى والدكتور السعيد مصطفى السعيد ، الطبعة الثالثة ج ١ ص ٢٠١ .

رعاياها المجرمين بشرط ان لا تتعارض مع القانون الدولي العام وبشرط المعاملة بالمثل^(١). ولا يوجد في الجمهورية العربية المتحدة تشريعات خاصة بتسليم المجرمين ولكن هناك مبادئ يصح الاسترشاد بها لمعرفة من يجوز تسليمهم من الاشخاص ونوعية الجرائم التي يجري بسببها التسليم . فرؤساء الدول والمبعوثون السياسيون لا يجوز تسليمهم . والجرائم التي يكون التسليم بسببها يجب ان تكون على جانب من الاهمية ، وان تكون الجريمة معاقبا عليها في قانون الدولتين ، وان لا تكون من الجرائم السياسية^(٢) ، فقد نص الدستور الموقت للجمهورية العربية المتحدة في مادته التاسعة : «تسليم اللاجئين السياسيين محظور» . وفي العراق ، يوجد تشريع خاص ينظم اجراءات تسليم الاجانب المجرمين ، وهو قانون اعادة المجرمين لسنة ١٩٢٣ وقد اشترط هذا القانون شروطا معينة لجواز التسليم ، منها ان لا تكون الجريمة سياسية او عسكرية ، وان تكون معاقبا عليها في قانون الدولتين^(٣). كما نص هذا القانون على ان المعاهدات والاتفاقيات التي تعقد بشأن اعادة المجرمين تكون واجبة الرعاية والتنفيذ ، ولا يؤثر هذا القانون على نصوصها بل تعتبر نصوص القانون معدلة بمقتضاها^(٤). وفي الدستور الموقت نصت المادة التاسعة عشرة : « تسليم اللاجئين السياسيين محظور » . كما نص القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٥٩ ، وهو قانون اللاجئين ، على قبول لجوء الاجنبي الى العراق ، لاسباب سياسية او عسكرية ، هو وافراد عائلته المكلف بهم شرعا ولا يجوز تسليمهم الى دولتهم اذا طلبت ذلك^(٥).

(١) شرح قانون العقوبات المصري الجديد للدكتور محمد كامل مرسي والدكتور السعيد مصطفى السعيد ج ١ ص ٢٠٥ .

(٢) شرح قانون العقوبات « القسم العام » للدكتور محمد محمود مصطفى ص ٧٢ وما بعدها .

(٣) المادة الثانية من قانون اعادة المجرمين العراقي لسنة ١٩٢٣ .

(٤) المادة ١٦ من القانون المذكور .

(٥) المادة الاولى والمادة الثالثة من قانون اللاجئين العراقي رقم ١١٤ لسنة ١٩٥٩ .

حكم تسليم الاجانب الى دولهم في الفقه الاسلامي :

١٠٨ — والواقع ، ان نهج الدول الاسلامية في تسليم الاجانب الى دولهم ، على النحو الذي يناه ، يحتمله الفقه الاسلامي ولا يعد خروجاً على احكامه . فللدولة الاسلامية ان تعقد معاهدات مع دول دار الحرب لتنظيم تسليم رعاياها اللاجئين الى دار الاسلام وبالعكس . ودليلنا على ذلك السنة النبوية الشريفة ، فقد عقد النبي (ص) معاهدة الحديبية مع قريش في السنة السادسة للهجرة ، وقد جاء فيها ان النبي (ص) يرد من يأتيه من اهل مكة ولو كان مسلماً ، ولا ترد قريش من يأتيها من المسلمين^(١) . وعلى هذا الاساس نص الفقهاء على وجوب الوفاء بنصوص المعاهدات التي تعقدها الدولة الاسلامية مع غيرها من الدول وبما جاء فيها من شروط صحيحة ومنها شرط رد من يأتي من رعاياها الى دار الاسلام . فقد جاء في المغني لابن قدامة الحنبلي « ... او يشترط لهم ان يرد من جاءه من الرجال مسلماً او بامان ، فهذا يصح . وقال اصحاب الشافعي لا يصح شرط رد المسلم الا ان يكون له عشيرة تحميه وتمنعه . ولنا ان النبي (ص) شرط ذلك في صلح الحديبية ووفى لهم به ، فرد ابا جندل و ابا بصير ولم يخص بالشرط ذا العشيرة »^(٢) . وفي شرح الخرشي ، عند الكلام عن الشروط في عقد المعاهدات مع دار الحرب : « تقدم ان الامام يلزمه ان يوفي لهم بشروطهم الصحيحة التي اشترطوها عليه ، حتى لو اشترطوا ان يرد اليهم من جاء منهم مسلماً من الرجال فانه يوفي لهم بذلك وفاء للعهد »^(٣) . وفي البحر الزخار : « وعليه — أي الامام — الوفاء بما انعقد عليه الصلح لقوله تعالى او فوا بالعقود . ولرده صلى الله عليه وسلم ابا جندل و ابا بصير حين جاء المسلمين عقيب صلح الحديبية »^(٤) .

- (١) شرح البخاري للعيني ج ١٤ ص ٢ وما بعدها . زاد المعاد لابن القيم ، مطبعة السنة المحمدية ، ج ٤ ص ٣١٠ .
 (٢) المغني ج ٨ ص ٦٥ .
 (٣) شرح الخرشي ج ٣ ص ١٥١ .
 (٤) البحر الزخار ج ٥ ص ٤٤٨ — ٤٤٩ .

- ١٢١ -

ومما تقدم يتضح ان تسليم الدولة الاسلامية لرعايا الدولة الاجنبية الى دولتهم لا يعد مخالفة لمقتضى الامان ولا لحكم الشرع ، لان الامان الممنوح للمستأمن ، مع وجود معاهدات التسليم ، يكون مشروطا بشرط ضمني هو رده الى دولته اذا طلبته وتوافرت فيه شروط التسليم .

اما اذا لم توجد معاهدة للتسليم بين دار الاسلام والدول الاخرى ولكن يوجد عرف دولي بالتسليم ، فاني ارى ، في هذه الحالة ، جواز تسليم المستأمنين الى دولهم وفقا لمقتضيات العرف الدولي ، لان الفقهاء يقولون : « المعروف عرفا كالمشروط شرطا » . ولا يكون عمل الدولة الاسلامية خيانة ولا اخلافا بمقتضى الامان . وهذا كله اذا لم يخالف العرف الدولي مبادئ الشريعة ، فاذا خالفها فلا يجوز الاخذ به .

١٠٩ - حرية المستأمن في التنقل :

وللمستأمن الحرية في التنقل في دار الاسلام والاقامة فيها حيث يشاء ، فان هذه الحرية مكفولة له الا فيما يخص الحرم والحجاز فانه يسري عليه من القيود بشأنها ما يسري على الذمي على النحو الذي فصلناه سابقا ^(١) . لان هذه القيود وضعت على الذمي باعتباره غير مسلم فتسري على المستأمن لهذه العلة . بل صرح الفقهاء بشمول المستأمنين باحكام الحرم والحجاز ، من ذلك ما قاله الخنابلة : « وينع الكفار ذميين كانوا او مستأمنين من دخول حرم مكة ، ويسمعون من الاقامة بالحجاز ولا يقيمون لتجارة في موضع واحد اكثر من ثلاثة ايام » ^(٢) .

وصرح الشافعية بذلك ايضا فقالوا : « ليس لجميع من خالف دين الاسلام من ذمي او معاهد ان يدخل الحرم لا مقيما ولا مارا به ولا يتوطن الحجاز مشرك من ذمي او معاهد » ^(٣) .

- (١) فقرة ٨٠ من هذه الرسالة .
 (٢) شرح منتهى الارادات ج ١ ص ٧٤٢ - ٧٤٣ ، ابو يعلى الحنبلي ص ١٧٩ .
 (٣) الماوردي ص ١٦١ .

— ١٢٢ —

وفي الجمهورية العربية المتحدة في الوقت الحاضر يحق للاجنبي التنقل في داخلها والاقامة حيث يشاء ، ولكن عليه قبل تغيير محل اقامته ان يبلغ مقر البوليس الذي يقيم في دائرته عنوانه الجديد ، فاذا كان انتقاله الى بلد آخر وجب عليه ايضا ان يتقدم خلال ثمان واربعين ساعة من وقت وصوله الى محل اقامته الجديد باقرار الى مقر البوليس في هذا البلد الذي انتقل اليه ^(١) .

وفي العراق نظم قانون اقامة الاجانب رقم ٣٦ لسنة ١٩٦١ مسألة تنقل الاجنبي في العراق فمنحه هذا الحق واشترط عليه اخبار دائرة الامن او ضابط الاقامة في المحل الذي انتقل اليه خلال ثمان واربعين ساعة اذا كان الانتقال الى منطقة او بلدة اخرى ^(٢) . ونص في مادته الرابعة عشرة : « لوزير الداخلية ان يقرر منع الاجانب بصورة مطلقة او بالقيود التي يعينها من المرور والتجوال والاقامة في المناطق التي يحددها ببيان ينشر في الجريدة الرسمية واحدى الصحف المحلية لاسباب عسكرية او ادارية او سياسية » . وليس في هذه المادة ما يخالف حكما شرعيا لان ما جاء فيها مبني على المصلحة ومقتضيات سلامة الدولة ، والشرعية الاسلامية تيسر اتخاذ الاجراءات الضرورية لتحقيق سلامة الدولة ومصحتها .

وفي المملكة العربية السعودية نظم نظام الاقامة الصادر ١٣٧١ هـ مسألة تنقل الاجنبي داخل المملكة ونص على الشروط اللازمة لذلك ، ومنها لزوم اشعار الجهة المختصة بالمكان الذي سينتقل اليه وعنوانه فيه وواسطة السفر ، وذلك قبل سفره بثمان واربعين ساعة على الاقل . كما ان عليه ان يقدم للجهة المختصة في البلد الذي انتقل اليه جواز سفره واوراقه الرسمية المثبتة لهويته في خلال مدة لا تزيد عن ثمان واربعين

(١) المادة الخامسة من مرسوم بقانون رقم ٧٤ لسنة ١٩٥٢ .

(٢) الفقرة الثالثة من المادة التاسعة من قانون اقامة الاجانب رقم ٣٦ لسنة ١٩٦١ .

— ١٢٣ —

ساعة من ساعة وصوله ^(١) . كما ان المادة العاشرة منه نصت على ان «الاجانب الذين يصرح لهم بالدخول بموجب استثماراتهم ويرغبون في التنقل المتكرر بين بلدين معينين لا تزيد المسافة بينهما عن — ١٥٠ — كيلو مترا او ضمن منطقة معينة في المملكة يمنحون رخصة تسمى رخصة تنقل داخل المملكة، صالحة لمدة لا تزيد عن مدة التأشيرة .. الخ » .

ومن الواضح ان هذه الاجراءات التي تشترطها هذه الدول الاسلامية يراد بها وضع الاجنبي تحت مراقبة الدولة وإشرافها صيانة لمصلحتها وسلامتها ، وليس فيها تضيق على الاجنبي ، فهي اذن اجراءات سائغة شرعا ولا نرى فيها مخالفة للاحكام الشرعية ولا لمقتضيات الامان الممنوح للاجنبي .

١١٠ — حق المستامن في الخروج من دار الاسلام :

وللمستامن الحق في العودة الى وطنه ولا يمنع من الخروج الا اذا صار ذميا . ويعمل الحنفية منعه في هذه الحالة ، أي بعد صيرورته ذميا ، بأن عقد الذمة لا ينتقض وان في رجوعه قطع الجزية وجعل ولده حربا على المسلمين ، وفي هذا ضرر بين ^(٢) . والمراد بهذا المنع منعه من الخروج من دار الاسلام على وجه اللحاق بدار الحرب وقطع صلته بدار الاسلام ، والا فالذمي لا يمنع من الخروج من دار الاسلام اذا وجد مسوغ لذلك كتجارة ونحو ذلك كما ذكرنا من قبل ^(٣) . ويجوز اخراج المستامن اذا رأى الامام مصلحة في نقض أمانه كما بينا ذلك من قبل ايضا ^(٤) .

وفي الجمهورية العربية في الوقت الحاضر ، للاجنبي الخروج من اقليم الدولة من الاماكن التي تنظم فيها الرقابة على الجوازات وبأذن من

(١) الفقرة و من المادة الخامسة من نظام الاقامة السعودي لسنة ١٣٧١ .

(٢) الهداية ج٤ ص ٣٥٢ .

(٣) فقرة ٨١ من هذه الرسالة .

(٤) فقرة ٤٢ من هذه الرسالة .

الموظف المختص بالرقابة ويكون ذلك في التأشير على جواز السفر ^(١) .
ولوزير الداخلية بقرار منه ابعاد الاجانب واخراجهم من ارض
الدولة ^(٢) .

وفي العراق يحق للاجنبي أن يخرج ويعود الى بلاده الا أن عليه
أن يحصل على سمة الخروج . وللوزير المختص عند وجود اسباب
خاصة ان يؤجل أي أجنبي من السفر للمدة التي يراها ^(٣) . كما أن
لوزير الداخلية أو من يخوله ان يقرر ابعاد الاجنبي من الاراضي العراقية
في الحالات التي نص عليها القانون ومنها اذا صدر عليه حكم نهائي
من محكمة مختصة يتضمن الايضاء بنفيه من الجمهورية العراقية ^(٤) ،
او اذا تبين ان الاجنبي دخل بصورة غير مشروعة او دخل بصورة
مشروعة حسب الظاهر ولكن تبين انه لم يكن مستوفيا الشروط الواجب
توافرها في طالب سمة الدخول ^(٥) .

وفي العربية السعودية نص نظام الاقامة على لزوم مغادرة الاجنبي
البلاد قبل انتهاء مدة اقامته وعليه أن يستحصل على تأشيرة بالخروج وان
يخرج من الاماكن المعينة برا أو بحرا أو جوا ^(٦) . ونصت المادة ٣٣
من هذا النظام : « لوزارة الداخلية ان تسحب من أي اجنبي حق الاقامة
ورخصها وان تكلفه بمغادرة البلاد متى شاءت بدون ابداء الاسباب » .
وهذه الاجراءات التي تتخذها هذه الدول الاسلامية يراد بها
تنظيم خروج الاجنبي على وجه يحقق المصلحة ، واخراجه في الحالات
التي يكون فيها اخراجه ضروريا لصيانة مصلحة الدولة . فليس في هذه
الاجراءات ما يخالف حكما شرعيا وانما تعتبر اجراءات سائعة وجائزة

(١) المادة الثانية من المرسوم بقانون رقم ٧٤ لسنة ١٩٥٢ .

(٢) الفقرة الثانية من المادة العاشرة من المرسوم بقانون ٧٤ لسنة ١٩٥٢ .

(٣) المادة السابعة من قانون اقامة الاجانب رقم ٣٦ لسنة ١٩٦١ .

(٤) المادة ٢٢ من القانون المذكور .

(٥) المادتان ١٦ ، ١٧ من القانون السابق .

(٦) المادتان ١٤ ، ١٥ من نظام الاقامة السعودي لسنة ١٣٧١ هـ .

— ١٢٥ —

شرعا بقدر ما يتعلق الامر بالاجنبي غير المسلم .

رابعا - حرية العقيدة والرأي والاجتماع والتعليم وحرمة المسكن :

١١١ - يتمتع المستأمن بحرية العقيدة لان الاصل المقرر في الاسلام « لا اكراه في الدين » . والدولة الاسلامية لا تكره الذمي ، وهو من رعاياها ، على تغيير عقيدته ، فمن باب أولى ان لا تكره المستأمن ، وهو اجنبي ، على تغيير عقيدته . وللمستأمن ان يباشر شعائره الدينية على النحو الذي قلناه بالنسبة للذمين ^(١) .

ويتمتع المستأمن بحرية الرأي والاجتماع والتعليم على النحو الذي يتمتع به الذمي اذ ليس هناك ما يحول دون تمتعه بهذه الامور بل ان الفقهاء قالوا ان المستأمن في دارنا كالذمي ^(٢) .

وله ايضا حرية العمل بل ان دخول المستأمن دار الاسلام لا يكون غالبا الا للعمل والتجارة ، وقد صرح الفقهاء بأن « المستأمن في دارنا لا يمنع أن يتجر في دار الاسلام في أي نواحيها شاء » ^(٣) .

اما حرمة المسكن فهي مكفولة للمستأمن لانها من مستلزمات الحرية الشخصية ، وحماية شخصه من أي اعتداء رعاية لحق الامان ، لان الاعتداء على حرمة مسكن الشخص اعتداء على الشخص ذاته . كما أن نهي الله تعالى عن دخول مساكن الغير بدون اذنه يشمل مساكن المستأمنين ايضا لعموم النص ^(٤) .

١١٢ - ما عليه العمل الآن :

يتمتع الاجنبي في الجمهورية العربية المتحدة في الوقت الحاضر بحرية العقيدة وحرية الرأي وحرمة المسكن باعتبار ان هذه الحقوق وردت بها نصوص الدستور وان النصوص الدستورية المتعلقة بهذه

(١) فقرة ٨٨ من هذه الرسالة .

(٢) الكاساني ج ٥ ص ٨١ .

(٣) شرح السير الكبير ج ٣ ص ٢٨٣ .

(٤) وقد ذكرنا النص القرآني بخصوص حرمة المساكن في ص ٩٤ من هذه الرسالة .

- ١٢٦ -

الحريات اقليمية التطبيق يتمتع بحمايتها كل من في الجمهورية العربية المتحدة^(١).

اما حرية الاجتماع والتجمع فليس هناك قيود خاصة في حق الاجانب بالتمتع بها غير ما يتقيد به المواطنون انفسهم^(٢).
ويتمتعون ايضا بحرية التعليم فلمهم معاهدتهم التي تتولى تعليم ابنائهم بلغاتهم الخاصة^(٣).

اما فيما يخص حق العمل ، فللاجانب الحق في العمل بجميع انواعه عدا استثناءات قليلة في بعض المهن كالمحاماة والطب والصيدلة ونحو ذلك^(٤).

وكذلك الحال في العراق ، فالدستور العراقي الموقت كفل حرمة المسكن والحرية الشخصية وحرية الاعتقاد ، وهذه النصوص عامة ليس هناك ما يقيدھا او يقصرھا على المواطنين دون الاجانب .

وللاجانب الحق في انشاء الجمعيات لان قانون الجمعيات العراقي رقم ١ لسنة ١٩٦٠ لم يشترط في مادته الثالثة التي تتكلم عن شروط العضوية ان يكون العضو عراقيا ، فيستدل بذلك على ان الاجانب غير ممنوعين من ممارسة هذا النشاط . وبالفعل يوجد في العراق عدد من الجمعيات والنوادي للاجانب مثل نادي الجولف البغدادي ونادي المعهد الثقافي البريطاني وجمعية السيدات اليونانيات وجمعية المؤسسة الخيرية الامريكية . الا انه ليس للاجنبي في العراق ان يشكل حزبا سياسيا او ينتمي الى حزب سياسي عملا بالمادة ٣١ من قانون الجمعيات المذكور التي اشترطت ان يكون عضو الحزب عراقيا .

ولهم حرية الاجتماعات والمظاهرات لان قانون الاجتماعات العامة

(١) الدكتور احمد مسلم ، كتابه السابق ، ج ١ ص ٣٧٨ ، ٣٨٠ .

(٢) المرجع السابق ص ٣٨١ .

(٣) الدكتور عز الدين عبد الله ، كتابه السابق ، ج ١ ص ٤٣١ .

(٤) الدكتور احمد مسلم ، كتابه السابق ، ج ١ ص ٣٨٢ - ٣٨٥ ،
والدكتور عز الدين عبد الله ج ١ ص ٤٢٧ وما بعدها .

— ١٢٧ —

والمظاهرات رقم ١١٥ لسنة ١٩٥٩ في مادته الثانية نص على حرية الاجتماعات والمظاهرات ، ولم يفرق بين وطني واجنبي •
وحرية التعليم مكفولة للاجانب فلهم تأسيس المدارس بشرط مراعاة القوانين المحلية (١) •

اما فيما يخص حق العمل ، فللاجنبي في العراق أن يمارس المهن التي يريدها على شرط ان يحصل على اجازة بالعمل من السلطة المختصة (٢) ، وتمنح هذه الاجازة بشروط خاصة ولمهن معينة كالمهن الفنية التي لا يوجد من العراقيين من يقوم بها (٣) • اما بالنسبة لغير هذه المهن فقد حدد هذا النظام المدة التي لا يجوز بعدها مباشرة الاجنبي لها كسنة الخياطة والطباعة وغيرها مما نص عليه هذا النظام •

وفي العربية السعودية ينسح الاجنبي من مزاوله أي عمل قبل حصوله على تصريح بالاقامة (٥) • ومعنى ذلك ان له ان يباشر الاعمال التي يراها بعد حصوله على تصريح بالاقامة •

خامسا - تمتع المستأمن بالمرافق العامة وكفالة الدولة :

١١٣ - للمستأمن ان يتمتع بمرافق الدولة كوسائل المواصلات ومشروعات الماء والانارة والقضاء باعتباره مرققا عاما بشروط معينة كما سيأتي •

أما كفالة الدولة له عند عجزه وحاجته، فالظاهر ان الدولة الاسلامية تقوم بسد حاجته ولا تسلمه الى الهلكة ما دام في دار الاسلام ، لان الاسلام يأمر بالاحسان واعانة المحتاجين والرحمة بهم ، وليست هذه المعاني مقصورة على المسلم بل تنسل كل حي كما يدل عليه قوله صلى

- (١) قانون المعارف العامة رقم ٥٧ لسنة ١٩٤٠ •
- (٢) المادة الاولى من نظام ممارسة غير العراقيين العمل والمهن في العراق رقم ١٤ لسنة ٥٨ •
- (٣) الفقرة الثانية من المادة الاولى من النظام الانف الذكر •
- (٤) المادة الثانية عشرة من النظام السالف الذكر •
- (٥) المادة الثانية عشرة من نظام الاقامة السعودي •

الله عليه وسلم : « في كل كبدة رطبة أجر » ^(١) . فضلا عما في
الاحسان الى المتأمن من تأثير بالغ في نفسه وتعريف له بمحاسن
الاسلام عمليا لا نظريا وقد يدعوه هذا الى الاسلام .

وهناك من الآثار ما يدل على اعانة المتأمن والبر به وكفالاته من
قبل الدولة الاسلامية ، من ذلك ما جاء في السير الكبير وشرحه :
« لا بأس أن يصل المسلم الرجل المشرك قريبا كان او بعيدا محاربا كان
او ذميا لحديث مسلمة بن الاكوع ، قال صليت الصبح مع النبي صلى
الله عليه وسلم فقال : هل أنت واهب لى ابنة أم فرقة ؟ قلت نعم فوهبتها
له فبعث بها الى خاله حزن بن ابي وهب وهو مشرك وهي مشركة ...
وبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم خمسمائة دينار الى مكة حين
قحطوا وامر بدفع ذلك الى ابي سفيان بن حرب وصفوان بن امية
ليفرقاها على فقراء أهل مكة ، فقبل ذلك ابو سفيان وأبى صفوان » ^(٢) .
فهذا الاثر يدل على أن الشريعة تدعو الى العطف على المحتاج ومساعدته
وان كان غير مسلم من اهل دار الحرب ، لان أهل مكة كانوا آنذاك
حريين .

١١٤ - ما عليه العمل الآن :

في الجمهورية العربية المتحدة يتمتع الاجنبي بمرافق الدولة العامة
كسائر الشرب ^(٣) . وكذلك يتمتع بمرافق الضمان الاجتماعي ،
فقد نص قانون الضمان الاجتماعي رقم ١١٦ لسنة ١٩٥٠ والمعدل بقانون
رقم ٢٦ لسنة ١٩٥٤ على سريانه على الاجانب فيما يتعلق بما يقرره من
معاشات في حالة العجز ونحوها بشرط اقامة مدة معينة وبشرط المعاملة

(١) اخرجه مسلم ومالك وابو داود : تيسير الوصول ج ٢ ص ١١٤ .
والكبدة الرطبة ، كل ذات روح . ولا تكون رطبة الا اذا كان صاحبها
حيًا .

(٢) السير الكبير وشرحه ج ١ ص ٦٩ .

(٣) الدكتور عز الدين عبد الله - كتابه السابق ، ج ١ ص ٤٣١ .

بالمثل ، وبدون اشتراط مدة اقامة بالنسبة للمساعدات الاجتماعية (١) .
كما ان الاجانب كالمواطنين في الاستفادة من التعويضات المنصوص
عليها في القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٥٠ بشأن اصابات العمل (٢) .

وفي العراق شرع قانون الضمان الاجتماعي رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٦ ،
وقد نص هذا القانون على ضمانات للمستخدمين الذين يؤدون عبلا
لرب العمل لقاء أجر ، ومن هذه الضمانات الاعانات التي تعطى للمستخدم
في حالة عجزه او شيخوخته أو بطالته او لعائلته عند وفاته (٣) . ويدفع الى
الاجنبي نصف ما يدفع الى العراقي ، وان كان من رعايا دولة بينها
وبين العراق معاهدة على المعاملة بالمثل ، فيعامل الاجنبي في هذه الحالة
معاملة العراقي (٤) .

وفي السعودية نص نظام العمل والعمال الصادر في سنة ١٣٦٦ هـ على
دفع اعانات للعامل عند مرضه او عجزه عن العمل (٥) . وهذا النظام
لا يفرق في احكامه بين الوطني والاجنبي فقد جاء في مادته الاولى :
« تطبق احكام هذا النظام على كافة الحالات التي يشتغل فيها عامل في
خدمة المشاريع الصناعية او التجارية او الزراعية تحت ادارة آجر او
سلطة » فهذا النظام ومثله قانون الضمان الاجتماعي في العراق ، وان

(١) المادة الاولى من القانون المذكور : يسري هذا القانون على المصريين
وكذلك يسري على الاجانب فيما يتعلق بالمعاشات اذا كانوا قد اقاموا
في الاراضي المصرية اقامة مستمرة لا تقل عن عشر سنوات سابقة
مباشرة على تقديم طلب المعاش وكان قانون الدولة الاجنبية يجيز
المعاملة بالمثل ، وفيما يتعلق بالمساعدات الاجتماعية دون تقييد
بشرط الإقامة .

(٢) الدكتور عز الدين عبد الله ، كتابه السابق ج ١ ص ٤٢٨ .

(٣) المواد ٩٤١ ، ١٠ من القانون المذكور .

(٤) المادة ٣ منه : (١) تكون الاعانات المدفوعة الى الاجنبي مساوية لنصف
الاعانة المدفوعة الى العراقي بموجب احكام هذا القانون . (ب) اذا
كان الاجنبي من رعايا دولة بينها وبين العراق اتفاق او معاهدة على
المعاملة بالمثل فيما يتعلق بدفع اعانات الضمان الاجتماعي فيحسب
يعامل هذا الاجنبي كالعراقي بالنسبة لهذا الغرض .

(٥) نظام العمل والعمال السعودي لسنة ١٣٦٦ هـ : المواد ٨ ، ٢٣ ، ٢٥ منه .

— ١٣٠ —

كانا يتعلقان بالعمال وكفالتهم عند المعجز ، فان فيهما نوعا من الضمان
الحكومي للعامل الاجنبي •

لِبَحْثِ الثَّالِثِ

تمتعهم بالحقوق الخاصة

١١٥ — الحقوق الخاصة هي التي تنشأ عن علاقات الافراد فيما بينهم وفقا لاحكام القانون الخاص سواء أكانت هذه العلاقات علاقات عائلية أم علاقات مالية • فهي تشمل حقوق الاسرة والحقوق المالية ، فمن الحقوق العائلية حق الزواج والطلاق وغيرهما • ومن الحقوق المالية الحق في تملك المال ومباشرة التصرفات القانونية للحصول على الثروة وما يتبع ذلك من الحق لهم في أن يصبحوا دائنين ومدينين • ومن المقرر في الوقت الحاضر ان على الدول أن تعترف للاجنبي بحد أدنى من هذه الحقوق لانه لا يستطيع العيش بدون هذا الحد • ويرى رجال القانون أن القانون الدولي العام يكفل للاجنبي التمتع بهذا الحق الأدنى من الحقوق الخاصة ، اما فيما يجاوز هذا الحد فالدولة حرة فلها أن تعترف به للاجنبي كما لها أن تمنعه عنه ^(١) .

١١٦ — الحقوق الخاصة للذمين :

الذميون من أهل دار الاسلام فهم في الحقوق — كقاعة عامة — كالمسلمين فلهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين ، ويتساوون معهم في الحقوق التي لا تبني على العقيدة الدينية ، والحقوق الخاصة لا تبني على العقيدة ولا تستلزم توافر الاسلام حتى يمنع منها الذمي • ولهذا فهو يتمتع بجميع هذه الحقوق كالمسلم • وقد صرح الفقهاء بأن الذمي في

(١) استاذنا الدكتور جابر جاد عبد الرحمن، كتابه السابق ج ١ ص ٣١٧—٣١٨ ،
الدكتور عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ج ١ ص ٣٨٣ — ٣٨٤ •

المعاملات كالمسلم^(١) . والحقوق العائلية من جملة المعاملات^(٢) . وعلى هذا فالذمي له الحق في الزواج وانشاء اسرة والتمتع بجميع حقوق الاسرة من نفقة وأرث وغير ذلك^(٣) . وكذلك له التمتع بالحقوق المالية ، فله مباشرة جميع التصرفات القانونية لكسب الاموال سواء أكانت منقولة أم غير منقولة ، وسواء بأشهر هذه التصرفات مع المسلمين أو الذميين . فقد نص الفقهاء على أن « معاملة أهل الذمة جائزة وإن كانوا يستحلون بيع الخمر والخنازير ويعملون بالربا »^(٤) . وحق الملكية حق مصون لا يجوز لأحد التعرض له بشأه ، فقد نص الفقهاء على أن « حكم اموالهم حكم اموال المسلمين في حرمتها »^(٥) . وله مطلق التصرف في امواله كما هو الحال بالنسبة للمسلمين .

والذميون في الوقت الحاضر ، في الجمهورية العربية المتحدة والعراق ، يتمتعون بالحقوق الخاصة بالمسلمين . وكذلك الذميون في السعودية يتمتعون بهذه الحقوق لأنها لا تستلزم العقيدة الاسلامية ولا تبني عليها .

١١٧ - الحقوق الخاصة للمستأمنين :

يتمتع المستأمنون في دار الاسلام بالحقوق الخاصة كالذميين ، لانهم ما داموا في دارنا فهم بمنزلة الذميين كما قال الفقهاء^(٦) .

فلهم التمتع بالحقوق العائلية كالزواج وما يترتب عليه . كما لهم مباشرة سائر المعاملات المالية مع المواطنين ، فليس ممنوعاً على المسلمين التعامل معهم بل هو امر مباح جائز ، وفي هذا يقول ابن رشد : « واما

(١) شرح السير الكبير ج ١ ص ٢٠٧ ، كتاب المواريث علماً وعملاً للمرحوم الشيخ احمد ابراهيم ص ٨٥ .

(٢) فتح القدير ج ٢ ص ٥٠٤ : لان النكاح من المعاملات .

(٣) سيأتي بيان القانون الواجب التطبيق على قضاياهم فيما بعد .

(٤) المقدمات لابن رشد ج ٢ ص ٢٨٩ .

(٥) المغني ج ٨ ص ٤٤٤ - ٤٤٥ .

(٦) الكاساني ج ٥ ص ٨١ .

مبايعة أهل الحرب ومتاجرتهم اذا قدموا بأمان فذلك جائز» (١). الا انهم لا يمتنعون من شراء ما فيه تقوية لاهل دار الحرب من سلاح ونحوه ، ولا يجوز للمواطنين ان يبيعوهم شيئا من ذلك ، وفي هذا يقول ابن رشد : « لا يجوز ان يباعوا ما يستعينون به في حروبهم من كراع او سلاح او حديد ولا شيئا مما يرهبون به المسلمين في قتالهم » (٢). وفي شرح الازهار في فقه الزيدية : « ولا يجوز ان يمتنع المستامن من شراء آلات الحرب سيف او قوس او درع ونحو ذلك » (٣). ووجه هذا المنع واضح وهو دفع ما قد يترتب على هذا البيع من تقوية دار الحرب وازعاف دار الاسلام . واذا ما اشترى شيئا من ذلك منعوا من الرجوع به الى ديارهم ، ولكن لهم ان يبيعه قبل ان يخرجوا ويتسلموا ثمنه ، فان أبوا اجبروا على بيعه (٤). وليس في هذا الاجراء الحاق اذى بهم ولا تضيق عليهم لان خروجهم بالسلاح ونحوه يلحق الضرر بدار الاسلام وما اعطوا الامان للاضرار بدار الاسلام . وهذا بخلاف ما لو دخلوا بهذه الاشياء فانهم لا يمنعون من الخروج بها ، لانهم بالامان استفادوا العصمة لانفسهم واموالهم فلا تملك الدولة الاسلامية منهم من العودة بها رعاية لمقتضى الامان (٥). وهذا منتهى العدل والانصاف .

ويستعون بحق الملكية ، وتعترف لهم الدولة بهذا الحق الذي يعتبر من أهم الحقوق الخاصة التي يتمتع بها الاجانب في الوقت الحاضر (٦). فلهم ان يتسلخوا المنقول والعقار بل لهم ان يملكوا دار المسلم بحق الشفعة (٧).

- (١) المقدمات لابن رشد ج٢ ص ٢٨٩ .
- (٢) المقدمات لابن رشد ج٢ ص ٢٨ .
- (٣) شرح الازهار ج٤ ص ٥٦١ .
- (٤) شرح السير الكبير ج٣ ص ٢٧٨ ، الفتاوى الهندية ج٢ ص ٢٣٤ .
- (٥) شرح السير الكبير ج٣ ص ٢٧٧ ، اختلاف الفقهاء للطبري ص ٥٠ .
- (٦) استاذنا الدكتور جابر جاد ، كتابه السابق ، ج١ ص ٣١٨ - ٣١٩ .
- (٧) شرح السير الكبير ج٤ ص ١١٨ .

وقد بلغ من حرص المسلمين على صيانة حق الملكية للمستأمنين والمحافظة على اموالهم الى حد يدعو الى العجب الشديد ، فقد جاء في شرح الخرخشي المالكي : « المشهور ان الحريين اذا قدموا الينا بأمان ومعهم مسلمون غنموهم منا فانهم لا ينزعون منهم ، ولهم ان يرجعوا بهم الى بلدهم ، وسواء كانوا ذكورا او اناثا من الاحرار او العبيد ، عن ابن القاسم في احد قولي . ولا بن القاسم قول آخر : انهم ينزعون بالقيمة وهو الذي عليه اصحاب مالك وبه العمل » (١) .

فالمالكية لم يقولوا بنزع المسلمين من أيدي المستأمنين وتخليصهم من هذا الرق الشائن وقد تهيأت الفرصة ووجدت القوة لتنفيذ هذا الاجراء . . . لم يقولوا هذا لانهم يرون ان حق الملكية ثابت لهؤلاء المستأمنين على ما في ايديهم من مسلمين ، والملكية مصونة لا تمس ولو كانت لمستأمنين على مسلمين في دار الاسلام . . بل ان ابن القاسم الفقيه المالكي المعروف يقول - غير متأثر بعاطفة دينية - ان لهم الرجوع بهؤلاء المسلمين ، ثم تساهل فقال قولاً ثانياً وهو نزعهم من ايديهم بالقيمة ولم يذهب الى اكثر من هذا . والحق ان ما ذهب اليه المالكية لأكبر دليل على البحث الموضوعي لدى الفقهاء ، ويدل على مدى تجرد الفقهاء المسلمين من العواطف ، والتزامهم بمقتضيات العدل حسب نظرهم واجتهادهم .

١١٨ - ويتمتع المستأمنون ، في الوقت الحاضر ، في الجمهورية العربية المتحدة والسعودية والمراق بحقوق الاسرة بشرط عدم مخالفة النظام العام . فليس للاجنبي غير المسلم أن يتزوج مسلمة سواء أكانت اجنبية أم مواطنة .

و يتمتعون كذلك بالحقوق المالية ، فلههم مباشرة التصرفات القانونية المختلفة لاكتساب الاموال .

ففي العربية السعودية يجوز للاجنبي الانتماء الى الغرف التجارية

(١) شرح الخرخشي ج ٢ ص ١٢٧ .

والصناعية^(١) . وله أن يعمل في شركات المشاريع الصناعية والتجارية والزراعية الوارد ذكرها في نظام العمل والعمال لسنة ١٣٦٦ هـ ، وتسري عليه نصوصه اذ ليس فيه نص يقصر تطبيقه على السعوديين فقط .
ويسمح للأجانب بتأليف الشركات فقد نصت المادة الثالثة من نظام استثمار رؤوس الاموال الاجنبية لسنة ١٣٧٦ هـ : « يجوز لغير السعوديين سواء أكانوا أفرادا أم اشخاصا اعتباريين تأسيس أو الاشتراك في تأسيس منشآت تجارية أو صناعية أو زراعية في المملكة بالشروط الآتية : ... الخ » . والواقع ان السماح للمستأمنين بتأسيس الشركات في دار الاسلام برؤوس أموال أجنبية ليس فيه شيء ولا ينافي مبادئ الفقه الاسلامي وما قرره الفقهاء في شأن المستأمن ، بل يتفق مع الذي قالوه ، لان المستأمن غير ممنوع من العمل والاكتساب في دار الاسلام ومباشرة أنواع النشاط الاقتصادي ومنه تأسيس الشركات . ولكن بشرط ان لا يترتب على السماح للمستأمنين بتأسيس الشركات أي ضرر بالدولة الاسلامية . وهناك حرف قليلة لا تجوز مزاولتها من قبل الأجانب كالانتجار بأسلحة الصيد والمواد اللازمة لها^(٢) .

ولا يجوز للأجنبي تملك العقار في الحجاز^(٣) ، والأجنبي كما هو معروف في استعمال القوانين الوضعية يشمل كل من لا يحمل جنسية الدولة وهذا ما نص عليه نظام تملك العقار في الحجاز اذ جعل الأجنبي كل من لا يحمل الجنسية السعودية^(٤) .

وفي الجمهورية العربية المتحدة يجوز للأجانب مباشرة التصرفات القانونية لاكتساب الاموال ، ومباشرة النشاط الاقتصادي الذي

- (١) المادة الخامسة من نظام الغرف التجارية والصناعية لسنة ١٣٧٧ هـ : لكل تاجر أو مغاؤل أو سمسار أو شركة أو صانع مصنع في المملكة سواء اكان سعوديا أو اجنبيا أن يشترك في الغرف التجارية .
- (٢) المادة السادسة من نظام سلاح الصيد وجلبه واستعماله الصادر سنة ١٣٦٩ هـ .
- (٣) المادة الرابعة من نظام تملك العقار في الحجاز الصادر سنة ١٣٥٣ هـ .
- (٤) الفقرة (ب) من المادة الثانية من نظام تملك العقار في الحجاز .

- ١٣٥ -

يريدونه . ويسمح لهم بإنشاء مشروعات التنمية الاقتصادية التي أجازها القانون رقم ١٥٦ لسنة ١٩٥٣ ، فقد أجاز هذا القانون استثمار رؤوس الاموال الاجنبية في مشروعات التنمية الاقتصادية النافعة للبلاد . ولهم تملك اسهم الشركات ، الا أن القانون رقم ٦ لسنة ١٩٥٤ فرض بعض القيود على حرية الاجنبي في تملك اسهم شركات المساهمة ، فقد نص في مادته الحادية عشرة : « يجب عرض ٤٩٪ على الاقل من أسهم شركات المساهمة عند تأسيسها في اكتاب عام يقصر على المصريين من الاشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين لمدة شهر ان لم يكن قد تم بالفعل حصول المصريين على هذا العدد » .

وفيما يخص تملك العقارات من قبل الاجانب ، جاء القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٥١ بمنع الاجنبي من تملك الاراضي الزراعية والاراضي القابلة للزراعة والاراضي الصحراوية ، ويستثنى من هذا المنع بعض الحالات مثل تملك الاجنبي هذه الاراضي بطريق الارث أو الوصية من أجنبي أو اذا كانت موقوفة وآلت اليه بسبب انتهاء الوقف أو الرجوع فيه . كما أن المادة الاولى والثانية من الامر المرقم ٦٢ لسنة ١٩٤٠ والذي استمر العمل به بقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٤٥ ، منعنا تملك الاجنبي عقارا كائنا بأحد الاقسام التي تقوم على ادارتها مصلحة الحدود الا عن طريق الميراث ، ويسري المنع كذلك على الوقف على أجنبي أو تقرير حقوق عينية له ^(١) .

وقد نص المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٣ الخاص بالاصلاح الزراعي على أن الاراضي المستولي عليها توزع على صغار الفلاحين بشروط منها أن يكون المالك الجديد مصرياً .

(١) الدكتور عز الدين عبد الله ، مؤلفه السابق ، ج ١ ص ٤٣٦ - ٤٤٠ . ويلاحظ هنا أن الوقف الاهلي الذي بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٥٢ واصبح ما كان وقفا اهليا ملكا للمستحقين أو للواقف ان كان حيا وكان له حق الرجوع فيه : كتاب الوقف من الناحية الفقهية والتطبيقية لاساذنا محمد سلام مذكور ص ٢٧ وما بعدها .

وفي العراق يجوز للمستأمن أن يباشر النشاط الاقتصادي الذي يرغب فيه ، وله انشاء الشركات على أن يساهم العراقيون في ٤٩٪ على الأقل من أسهم الشركة عند تأسيسها ^(١) . الا أن حريته في تملك العقار مقيدة ببعض القيود ، من ذلك ما نص عليه قانون الاصلاح الزراعي رقم ٣٠ لسنة ١٩٥٨ من حصر توزيع الاراضي الزراعية المستولي عليها على العراقيين فقط ^(٢) . وفي العقارات الاخرى ، غير الاراضي الزراعية ، نص القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٦١ على أن الاجنبي يعامل في حق الملكية والمعاملات التصرفية التي ترد على العقار بما يعامل به العراقي في بلد ذلك الاجنبي وفقا لقاعدة المقابلة بالمثل وطبقا لما نص عليه في هذا القانون ^(٣) . ولمجلس الوزراء أن يقيد حق الاجنبي في ملكية العقار في العراق بناء على ظروف طارئة أو بناء على مقتضيات المصلحة العامة أو المعاملة بالمثل ^(٤) . ويشترط لتمكن الاجنبي العقار استحصال موافقة وزير الداخلية وتوافر شروط معينة كسبب الإقامة في العراق مدة لا تقل عن سبع سنوات وعدم وجود مانع اداري أو عسكري ، وألا يكون العقار قريبا من الحدود العراقية بما لا يقل عن ثلاثين كيلو مترا ، وأن لا يكون العقار أرضا زراعية أو أرضا اميرية مهما كان نوعها ^(٥) . ثم ان ملكية الاجنبي للعقار، اذا ما توافرت الشروط المطلوبة، لا تتجاوز دارا واحدة للسكنى ومحلا للعمل اذا كانت له مهنة يزاولها بنفسه ^(٦) .

(١) قانون الشركات التجارية رقم ٣١ لسنة ١٩٥٧ .

(٢) المادة ١٢ من قانون الاصلاح الزراعي رقم ٣٠ لسنة ١٩٥٨ .

وبلاحظ أن هذا المنع يشمل المسلمين غير العراقيين، وهذا لا يجوز لما قلناه من أن المسلمين جميعا يعتبرون من دار الاسلام .

(٣) المادة الاولى من القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٦١ .

(٤) المادة الثانية من القانون المذكور .

(٥) المادة الرابعة من القانون المذكور .

(٦) المادة الخامسة - فقرة (١) من القانون المذكور .

الفصل الثالث

واجباتهم نحو الدولة

١١٩ - على الذمين تكاليف مالية يلتزمون بها قبل الدولة الاسلامية وهي الجزية والخراج والعشور . وعلى المستأمنين تكليف مالي هو أداء الضريبة التجارية اذا دخلوا دار الاسلام بأموال للتجارة . أما الجزية فلا يلتزمون بها لانها لا تجب الا على الذمي باعتباره غير مسلم ومن أهل دار الاسلام . وكذلك الخراج لا يلتزم به المستأمن الا اذا اشترى أرضا خراجية وصار بسببها ذميا على النحو الذي فصلناه سابقا^(١) .

وهناك واجبات اخرى غير مالية يلتزم بها الذميون والمستأمنون قبل الدولة . وعلى هذا سنقسم هذا الفصل الى أربعة مباحث :
الاول للجزية . والثاني للخراج . والثالث للعشور « أي الضرائب التجارية » . والرابع للواجبات الاخرى .

لمبحث الأول

الجزية

١٢٠ - جاء في القاموس المحيط : الجزية خراج الارض . وما يؤخذ من الذمي . والجمع جزى ورجزي وجزاء^(٢) .

- (١) فقرة ٢٦ ص ٣٤ - ٣٥ من هذه الرسالة .
(٢) القاموس المحيط ج ٤ ص ٣١٢ ، ومثل هذا جاء في المنجد ص ٨٨ ، وفي المصباح المنير ج ١ ص ١٣٨ : والجزية ما يؤخذ من أهل الدمة .

— ١٣٨ —

وقال ابن الاثير في النهاية في غريب الحديث والاثر : الجزية هي عبارة عن المال الذي يعقد للكتابي عليه الذمة ^(١) . وعرفها ابن عرفة المالكي بقوله : الجزية ما لزم الكافر من مال لامنه واستقراره تحت حكم الاسلام وصونه ^(٢) . ويخلص لنا من هذه التعاريف ان المراد بالجزية هو المال المقدر المأخوذ من الذمي ، فهي ضريبة على الرؤوس يلتزم الذمي بأدائها الى الدولة الاسلامية في ميعادها المعين متى ما توافرت شروط وجوبها ولم يوجد ما يسقطها كما سنبينه فيما بعد .

١٢١ - دليل شرعية الجزية وسبب وجوبها :

ثبتت الجزية بالكتاب والسنة والاجماع . أما الكتاب فقوله تعالى « قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون » ^(٣) . وأما السنة ، فقد ثبت عنه (ص) انه أخذ الجزية من مجوس البحرين ، كما أخذها عمر بن الخطاب من مجوس سواد العراق بلا انكار من أحد ^(٤) . وأخذها عمرو بن العاص من أقباط مصر من كل حالم دينارين وكتب بذلك الى عمر بن الخطاب فأجازها ^(٥) .

فأخذ الجزية من غير المسلم أمر مشهور ثابت في شرع الاسلام وعليه انعقد اجماع الامة ^(٦) .

(١) النهاية ج ١ ص ١٦٢ .

(٢) منح الجليل للشيخ عليش ج ١ ص ٧٥٦ .

(٣) المغني ج ٨ ص ٤٩٥ - ٤٩٦ . والآية في سورة التوبة ج ١ الآية : ٢٩

(٤) احكام القرآن للجصاص ج ٣ ص ٩٢ - ٩٣ ، اختلاف الفقهاء للطبري

ص ١٩٩ ، مغني المحتاج ج ٤ ص ٢٤٢ .

(٥) تاريخ البلاذري ص ٣٠١ ، ٣٠٣ . والقبط من اهل الكتاب ، وفي محاوره

عمر بن العاص مع ابي مريم من قس الاقباط : ومما عهد به اليها

اميرنا ، اي عمر بن الخطاب ، ان استوصوا بالقبطيين خيرا لان لهم رحما

وذمة : تاريخ الطبري ج ٥ ص ٢٢٨ .

(٦) المغني ج ٨ ص ٤٩٦ .

— ١٣٩ —

اما سبب وجوب الجزية فهو عقد الذمة (١) .

١٢٢ - شرائط وجوب الجزية :

اولا - العقل والبلوغ والذكورة ، فلا تجب على الصبيان والنساء والمجانين (٢) . لان الله تعالى أوجب الجزية على من هو من اهل القتال ، فقال عز وجل : « قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر . . الآية » والمقاتلة مفاعلة من القتال فتستدعي اهلية القتال من الجانبين فلا تجب على من ليس هو من اهل القتال ، وهؤلاء ليسوا من اهل القتال فلا تجب عليهم (٣) . كما رويت بعض الآثار عن سيدنا عمر بن الخطاب بعدم أخذ الجزية من الصبيان والنساء (٤) ، من ذلك انه كتب الى امراء الاجناد : ان يقتلوا في سبيل الله ولا يقتلوا الا من قاتلهم ، ولا يقتلوا النساء ولا الصبيان ولا يقتلوا الا من جرت عليه موسى . وكتب الى امراء الاجناد ان يضربوا الجزية ولا يضربوها على النساء ولا الصبيان ولا يضربوها الا على من جرت عليه موسى (٥) .

- (١) الكاساني ج٧ ص ١١١ ، ويسقط الوجوب اذا قام الذمي بواجب الدفاع عن دار الاسلام كما سنذكره فيما بعد .
- (٢) تفسير القرطبي ج٨ ص ١١٢ ، احكام القرآن للجصاص ج٣ ص ٩٦ . الام للشافعي ج٤ ص ٩٨ ، الاموال لابي عبيد ص ١٣٧ ، الخراج لابي يوسف ص ١٢٢ ، ١٢٣ ، الخراج ليحيى بن آدم ص ٧٣ ، شرح موطا مالك للزرقاني ج٢ ص ١٤١ ، شرح الخرشي ج٣ ص ١٤٤ ، كشاف القناع ج١ ص ٧٠٦ ، المهذب ج٢ ص ٢٦٨ الكاساني ج٧ ص ١١١ . فتح القدير ج٢ ص ٣٧٢ ، الفتاوي الهندية ج٢ ص ٢٤٥ ، شرح الازهار ج١ ص ٥٧٦ ، المختصر النافع ص ١٣٤ .
- (٣) تفسير القرطبي ج٨ ص ١١٢ ، الكاساني ج٧ ص ١١١ . وعند الظاهرية تجب الجزية على النساء كما تجب على الرجال محتجين بآية الجزية وبعض الآثار مثل ما روي عن مسروق ، قال: بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم معاذ بن جبل الى اليمن وامره ان يأخذ من كل حاكم وحالة من اهل الذمة دينارا او قيمته من المعافر : المحلي ج٧ ص ٣٤٧ . ويلاحظ هنا ان هذا الحديث الذي ذكره ابن حزم ، روي بدون ذكر (او حالة) كما سيأتي فيما بعد .
- (٤) نيل الاوطار ج٨ ص ٦١ .
- (٥) الاموال لابي عبيد ص ٣٧ .

ثانياً - السلامة من الزمانة والعمى والكبر في ظاهر الرواية عند الحنفية، فلا تجب على زمن واعى وشيخ كبير . وهذا ايضا مذهب الحنابلة والمالكية والزيدية . وقال الشافعية تجب على هؤلاء لان الجزية عندهم كأجرة الدار فيستوي فيها ارباب الاعذار وغيرهم ، وفي المذهب قول بعدم الوجوب تنزيلا لهم منزلة النساء والصبيان لانهم لا يقتلون اذا اسروا . اما اصحاب القول الاول فيحتجون ، وهذا قول الحنفية ، ان هؤلاء لا يلزمهم اصل النصرة بأبدانهم لدار الاسلام لو كانوا مسلمين ، فكذلك لا يؤخذ منهم ما هو خلف عن النصرة وهو الجزية . او انهم - كما يقول الحنابلة والزيدية - لا يقتلون اذا اسروا لانهم ليسوا من اهل القتال فلا تجب عليهم الجزية لانها بدل عن قتلهم (١) .

والراجع عندي عدم وجوبها على هؤلاء ، وعلى هذا كان العمل في زمن الصحابة ، يدل عليه ما جاء في صلح خالد بن الوليد مع اهل الحيرة « واني انتهيت الى الحيرة فخرج الي اياس بن قبيصة في افاس من اهل الحيرة من رؤسائهم ... واني نظرت في عدتهم فوجدت عدتهم سبعة آلاف رجل فأخرجتهم من العدة فصار من وقعت عليه الجزية ستة آلاف فصالحوني على ستين الف ، وجعلت لهم ايما شيخ ضعف عن العمل .. وطرحت جزيته ... » (٢) . فهذا صريح في ان الجزية لا تؤخذ من الزمن والشيخ الكبير ، ويلحق بهما الاعمى لانه في حكمهما وانما لم يأت له ذكر في صلح خالد لاحتمال عدم وجود أعمى فيهم . والظاهر ان صلح خالد لابد ان بلسخ ابا بكر الصديق كما يدل عليه اول هذا الصلح اذ جاء فيه عبارة « واني انتهيت الى الحيرة » فهذا يدل على ان

(١) المبسوط ج ١٠ ص ٧٩ ، الكاساني ج ٧ ص ١١١ ، الفتاوى الهندية ج ٢ ص ٢٤٥ ، المغني ج ٨ ص ٥١٠ ، كشاف القناع ج ١ ص ٧١٦ . شرح الزهار ج ١ ص ٥٧٥ ، البحر الزخار ج ٥ ص ٤٥٧ ، بلفة السالك ج ١ ص ٣٤١ ، مغني المحتاج ج ٤ ص ٢٤٦ ، الاقناع لحل الفاظ أبي شجاع ج ٢ ص ٢٢٣ ، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ج ٧ ص ٢٢٣ .

(٢) الخراج لابي يوسف ص ١٤٤ .

خالد اكتب بهذا الصلح الى أبي بكر ليعلمه بما فعل . ولم ينقل الينا انكار ما فعله خالد بن الوليد في صلحه هذا فيكون اجماعا . ثم ان آية الجزية تقتضي ان الجزية تجب على من يقاتل ، حتى قال الامام القرطبي في تفسيره : « وهذا اجماع من العلماء على أن الجزية انما توضع على جباة الرجال الاحرار البالغين وهم الذين يقاتلون دون النساء والذرية والعبيد والمجانين المخلولين على عقولهم والشيخ الثاني » (١) .

ثالثا - الحرية ، فلا تجب على العبد لانه ليس من اهل ملك المال (٢) ، ولان الله تعالى قال : « حتى يعطوا الجزية » ولا يقال لمن لا يملك حتى يعطي (٣) .

رابعا - ان لا يكون الذمي فقيرا غير معتمل ، وهو الذي لا قدرة له على العمل والكسب ، وهذا مذهب الحنفية والحنابلة والمالكية ، واحتج الحنفية بأن الفقير غير المعتمل عاجز عن الاداء ، والعاجز عن الاداء معذور فيما هو حق العباد لقوله تعالى : « وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة » (٤) ففي الجزية أولى . وبأن الجزية لم توضع على فقير غير معتمل من اهل سواد العراق في زمن عمر بن الخطاب ، كما ان عمر نفسه رفع الجزية عن رجل كبير من اهل الذمة رآه يسأل الناس . وأيضا فانخراج كما لا يوظف على أرض لا يمكن استغلالها فكذلك الجزية لا توضع على الذمي العاجز بجامع عدم القدرة والطاقة . اما الحنابلة فحجتهم على نحو ما احتج به الحنفية كما احتجوا بقوله تعالى : « لا يكلف الله نفسا الا وسعها » (٥) . اما الشافعية فالجزية عندهم تجب على الفقير العاجز عن الكسب ، فاذا تمت السنة وهو معسر ففي ذمته حتى

(١) تفسير القرطبي ج ٨ ص ١١٢ .

(٢) تفسير القرطبي ج ٨ ص ١١٢ ، الكاساني ج ٧ ص ١١١ ، كشاف القناع ج ١ ص ٧٧٠ .

(٣) تفسير القرطبي ج ٨ ص ١١٢ .

(٤) سورة البقرة ج ٢ ، الآية : ٢٨٠ .

(٥) سورة البقرة ج ٢ ، الآية : ٢٨٦ .

يوسر ، وفي قول غير مشهور عندهم لا جزية عليه (١) .

خامسا - الا يكون راهبا . وهذا مذهب المالكية والحنابلة . ويعمل الحنابلة ذلك بأن الراهب اذا أسر لم يقتل فاذا دخل في الذمة لم تجب عليه الجزية . اما عند الحنفية فقد جاء في الهداية ان الجزية لا توضع على الرهبان الذين لا يخالطون الناس ، فان خالطوهم وضعت عليهم الجزية كما ذكر الامام القدوري (٢) . وذكر الامام محمد عن أبي حنيفة انها توضع عليهم اذا كانوا يقدرّون على العمل وهو قول أبي يوسف . ووجه وضع الجزية عليهم هو كونهم من أهل القتال ، وعدم علمهم مع القدرة عليه لا يمنع الوجوب كما لو كان لشخص أخص خراجية ولم يزرعها مع القدرة على الزراعة لا يسقط عنه الخراج . ويرى الشافعية وجوب الجزية على الراهب لانها عندهم كأجرة الدار . وفي مذهبه قول بعدم وجوبها (٣) .

١٢٣ - وقت وجوب الجزية :

تجب الجزية في ابتداء السنة ، عند الحنفية ، الا ان أخذها يكون

(١) المبسوط ج ١٠ ص ٧٩ - ٨٠ ، فتح القدير ج ٤ ص ٣٧٣ ، المغني ج ٨ ص ٥٠٩ ، كشف القناع ج ١ ص ٧٠٧ مغني المحتاج ج ٤ ص ٢٤٦ ، الاقناع لحل الفاظ أبي شجاع ج ٢ ص ٢٢٣ ، الشرح الصغير للرددير ج ١ ص ٣٤٢ شرح القرشي ج ٣ ص ١٤٤ ، البحر الزخار ج ٥ ص ٤٥٧ .

(٢) القدوري هو أبو الحسين أحمد بن محمد الفقيه الحنفي المشهور . ولد سنة ٣٦٢ هـ وتوفي سنة ٤٢٨ هـ : طبقات الفقهاء لطاش كبرى زاده ص ٧٩ .

(٣) شرح القرشي ج ٣ ص ١٤٤ ، الشرح الصغير للرددير ج ١ ص ٣٤١ ، كشف القناع ج ١ ص ٧٠٧ ، الهداية وفتح القدير ج ٤ ص ٣٧٣ - ٣٧٤ ، الكاساني ج ٧ ص ١١١ ، الدر المختار ورد المحتار ج ٣ ص ٣٦٩ ، الفتاوى الهندية ج ٢ ص ٢٤٤ ، الام للشافعي ج ٤ ص ٩٨ ، مغني المحتاج ج ٤ ص ٢٤٦ ، الاقناع لحل الفاظ أبي شجاع ج ٢ ص ٢٢٣ .

والراجح عدم وجوبها على الرهبان لان هؤلاء ليسوا من أهل القتال عادة لانهم حبسوا نفوسهم في الصوامع فاشبهوا من لا يقدر على القتال ، وفي وصية أبي بكر لجنده : (وستمرون على اقوام في الصوامع قد حبسوا انفسهم فيها فدعوهم حتى يميتهم الله على ضلالهم) : المغني ج ٨ ص ٤٧٨ .

في آخر السنة وهو الاصح كما قال صاحب المبسوط . وروى عن أبي يوسف انها تؤخذ من الذمي اقساطا ، في آخر كل شهرين قسط . وعند الامام محمد تؤخذ اقساطا شهرا فشهر^(١) . وعند الشافعية والحنابلة تجب في آخر السنة وتؤخذ مرة واحدة^(٢) .

١٢٤ - عن اي شيء وجبت الجزية ؟

عند الحنفية ، وجبت الجزية على الذميين بدلا عن نصرتهم لدار الاسلام ، لان الذميين لما صاروا من اهل دار الاسلام بقبولهم عقد الذمة ، ولهذه الدار دار معادية ، وجب عليهم القيام بنصرتها ، لان من هو من اهل دار الاسلام يلزمه القيام بنصرة هذه الدار . ولما كانت ابدانهم لا تصلح لهذه النصرة لان الظاهر انهم يميلون الى اهل الدار المعادية لاتحادهم في الاعتقاد اوجب الشرع عليهم الجزية لتؤخذ منهم وتصرف على المقاتلة من المسلمين فتكون خلفا عن النصرة . ولهذا لا تؤخذ من الاعمى والشيخ الفاني والمقعد مع مشاركتهم لغيرهم في سكنى الدار ، لان هؤلاء لا يلزمهم اصل النصرة بأبدانهم لو كانوا مسلمين فلا يلزمهم ما هو خلف عنه . وقال صاحب فتح القدير : « ان الجزية وجبت بدلا عن قتلهم ، وهذا في حقهم ، وعن نصرتهم لدار الاسلام وهذا في حقنا »^(٣) . ويؤيد ما قاله صاحب فتح القدير ما جاء في مبسوط السرخسي : « ان الجزية في حق المسلمين خلف عن النصرة »^(٤) . فالجزية على هذا التصوير الحنفي ، ينظر اليها من جانبين : فهي بالنسبة اليهم بدل عن حقن دمهم ، وبالنسبة للمسلمين بدل عن نصرتهم لدار

(١) المبسوط ج ١ ص ٨٢ ، الفتاوى الهندية ج ٢ ص ٢٤٤ ، الفتاوى الغانية ج ٣ ص ٥٨٩ ، الكاساني ج ٧ ص ١١١ ، الدر المختار ورد المختار ج ٣ ص ٣٦٩ .

(٢) المغني ج ٨ ص ٥٠٤ ، كشف القناع ج ١ ص ٧٠٨ ، المهذب ج ٢ ص ٢٦٧ .

(٣) فتح القدير ج ٤ ص ٣٧٣ - ٣٧٤ ، وانظر ايضا العناية على الهداية ج ٤ ص ٣٧٤ .

(٤) المبسوط ج ١٠ ص ٧٨ ، ٨١ .

الاسلام .

وعند المالكية والزيدية، وجبت الجزية بدلا عن قتلهم (١) . وعند الشافعية والحنابلة والشيعة الامامية ، وجبت بدلا عن قتلهم واقامتهم في دار الاسلام (٢) .

١٢٥ - القول الراجح :

والذي دلّ عليه عمل الصحابة في وضعهم الجزية على الذميين ، وعقود الذمة التي ابرمها قادة الجيوش الاسلامية في زمن الصحابة ، ان الجزية وضعت على الذميين بدلا عن حمايتهم من قبل الدولة الاسلامية ، لان الاسلام لم يلزمهم بواجب الدفاع عن دار الاسلام كما لزم به المسلمين ، وان كان لهم ان يساهموا في هذا الواجب باختيارهم فتسقط عنهم الجزية كما سنبينه فيما بعد .

ونذكر فيما يلي بعض السوابق التاريخية المهمة القديمة التي وقعت في زمن الصحابة والدالة على ان الجزية وضعت على الذميين بدلا عن الحماية :

اولا - كتاب خالد بن الوليد لاهل الحيرة ، وقد جاء فيه : « ... وان هم حفظوا ذلك ورعوه وأدوه الى المسلمين فلهم ما للمعاهد وعلينا المنع لهم » (٣) . وفي تاريخ الطبري : « ولما صالح اهل الحيرة خالد بن الوليد ، خرج صلوبا بن نسطونا صاحب قس الناطف فصالحه على بانقيا وبسما . . . وكتب لهم كتابا :

- (١) احكام القرآن لابن العربي المالكي ج١ ص ٣٧٨ ، الروض النصير ج٢ ص ٤٣٧ ، البحر الزخار ج٥ ص ٤٥٧ .
- (٢) تفسير القرطبي ج٨ ص ١١٣ ، كشاف القناع ج١ ص ٧٠٤ ، كشف المخدرات ص ٢٠٦ ، جواهر الكلام ، المجلد المطبوع سنة ١٣٧٢ هـ ، باب الجهاد . المذهب ج٢ ص ٢٦٧ ، وبعض الشافعية لم يذكر الا البدل عن اقامتهم في دار الاسلام ، فقد جاء في فتح العزيز على الوجيز ج ١٤ ص ١٦٩ : ولان الجزية اجرة دار الاسلام .
- (٣) الخراج لابي يوسف ص ١٤٤ .

بسم الله الرحمن الرحيم هذا كتاب من خالد بن الوليد لصلوبا بن نسطونا وقومه اني عاهدتكم على الجزية والمنعة . . وانك نقيب على قومك ، وان قومك قد رضوا بك ، وقد قبلت ومن معي من المسلمين ورضيت ورضى قومك فلك الذمة والمنعة فان منعناكم فلنا الجزية والا فلاحى ننعمكم « (١) .

ثانيا - كتاب سويد بن مقرن قائد جيش المسلمين في بلاد فارس ، في زمن عمر بن الخطاب ، الى ملك جرجان ، فقد جاء فيه : « بسم الله الرحمن الرحيم : هذا كتاب من سويد بن مقرن لرزبان صول بن رزبان وأهل دهستان وسائر اهل جرجان ان لكم الذمة وعلينا المنعة » (٢) ، **ثالثا -** قال ابو يوسف في كتابه الخراج : « فانما كان الصلح جرى بين المسلمين وأهل الذمة في أداء الجزية ، وفتحت المدن على ان لا تهدم يجمعهم وعلى ان يقاتلوا من ناوهم من عدوهم ويذبوا عنهم فأدوا الجزية على هذا الشرط فافتتحت الشام كلها على هذا » (٣) .

فهذه العهود كلها تشير الى ان الجزية وجبت بدلا عن الحماية ولم ينقل لنا خلاف في هذه المسألة فتكون من مسائل الاجماع السكوني .
١٢٦ - فالقول الصحيح هو ان الجزية بدل عن حماية الدولة الاسلامية للذمين لاعفائهم من واجب الدفاع عن دار الاسلام . وهذا ما كاد الاحناف يصرحون به بل هو مقتضى قولهم ان الجزية وجبت بدلا عن نصرتهم لدار الاسلام ، لان هذه النصرة التي اعفوا منها تتضمن حمايتهم .

وغير الاحناف صرحوا ، وهم يتكلمون عن الجزية ، بما يدل على ان الجزية وجبت بدلا عن الحماية ، من ذلك ما قاله ابن رشد المالكي في كتابه المقدمات : « لانها - أي الجزية - انما تؤخذ منهم سنة بسنة جزاء على تأمينهم واقرارهم على دينهم يتصرفون في جوار المسلمين

(١) تاريخ الطبري ج٤ ص ١٦ .

(٢) تاريخ الطبري ج٥ ص ٢٥٤ .

(٣) الخراج لابن يوسف ص ١٣٨ .

ودمتهم آمنين، يقاتلون عنهم عدوهم ولا يلزمهم ما يلزم المسلمين» (١) .
وفي شرح الازهار في فقه الزيدية : « وانما تؤخذ الجزية اذا كانوا في
حماية الامام» (٢) . فقولهم « في حماية الامام» يشعر ان الجزية بدل عن
الحماية . وقال الماوردي الشافعي: « فيجب على ولي الامر ان يضع الجزية
على رقاب من دخل في الذمة من اهل الكتاب ، ليقرأوا بها في دار الاسلام
ويلتزم لهم بئذها حقين : امدحها الكف عنهم والثانية الحماية لهم ،
ليكونوا بالكف آمنين وبالحماية محروسين » (٣) . فهذا القول يشعر
ان الجزية وجبت بدلا عن الحماية .

١٢٧ - الجزية ليست عقوبة :

وقول بعض الفقهاء ، بل اكثرهم (٤) ، ومنهم الحنفية (٥) ، ان
الجزية فرضت عقوبة في حق الذمي لبقائه على الكفر ، لا يتفق وما
استخلصناه من عمل الصحابة وعهودهم وما تدل عليه اقوال بعض
الفقهاء من ان الجزية بدل عن الحماية . كما ان اعتبارها عقوبة لا يتفق
والمبدأ الاسلامي « لا اكراه في الدين » . فحرية العقيدة مضمونة لهم ،
وهم يؤخذون على اعتقاداتهم في الآخرة لا في الدنيا . ولو كانت الجزية
عقوبة لوجب على جميع اهل الذمة ولما نجا منها لا شيخ كبير ولا زمن
ولا امرأة . وايضا لو كانت عقوبة لبقائهم على الكفر ، كما يقولون ،
لما سقطت باشتراكهم مع المسلمين في الدفاع عن دار الاسلام كما سنذكره
بعد قليل .

كما اني لا أتفق مع من قال من الفقهاء ان الجزية تؤخذ من اهل

(١) المقدمات لابن رشد ج١ ص ٢٨٢ .

(٢) شرح الازهار ج١ ص ٥٨٠ .

(٣) الماوردي ص ١٢٨ .

(٤) المغني ج٨ ص ٥٠٣ ، مختصر الفتاوي لابن تيمية ص ٥١٢ : والجزية
وجبت عقوبة وعوضا عن حقن الدم عند اكثر العلماء .

(٥) الجصاص ج٣ ص ١٠٠ : ١٠٣ . الهداية ج٤ ص ٣٧٥ ، الدر المختار
ج٣ ص ٣٧٢ .

— ١٤٧ —

الذمة مع الاهانة وجوبا، أي بالاذلال لهم والشدة معهم، عند أخذها (١)، معللين هذا القول الغريب « بأن المقصود حصول الاهانة والاذلال لكل احد بعينه عسى ان يكون ذلك مقتضيا لرغبتهم في الاسلام » (٢). وهذا القول العجيب مردود لان سبيل الدعوة الى الاسلام ليس هو ما قالوه بل ما قاله الله جلّ جلاله : « ادع الى سبيل ربك بالحكمة والموعظة الحسنة وجادلهم بالتي هي أحسن » (٣). ثم أين نضع وصايا نبينا الكريم (ص) بلزوم العناية بأهل الذمة والرفق بهم وعدم ايدائهم اذا أخذنا بقول هذا البعض من الفقهاء ؟

١٢٨ - مقدار الجزية :

اختلف الفقهاء في مقدار ما يفرض من الجزية على من تجب عليه اختلافا مبسوطا في كتب الفقه . والراجح في هذا الاختلاف انها مفوضة الى رأي الامام (٤).

١٢٩ - جزية نصارى تغلب :

بنو تغلب بن وائل من العرب ، من ربيعة ، اتقلوا في الجاهلية الى النصرانية فدعاهم عمر بن الخطاب الى بذل الجزية فأبوا ، وقالوا : نحن عرب خذ منا كما يأخذ بعضكم من بعض باسم الصدقة ، أي الزكاة ، فأبى سيدنا عمر بن الخطاب ، فلحق بعضهم بالروم . فأشار النعمان بن

(١) شرح الخرشي ج ٣ ص ١٤٥ .

(٢) المرجع السابق ج ٣ ص ١٤٥ .

(٣) سورة النحل ج ١٤ الآية : ١٢٥ .

(٤) المبسوط ج ١٠ ص ٧٨ ، الكاساني ج ٧ ص ١١١ - ١١٢ ، الهداية

وفتح القدير ج ٤ ص ٣٦٨ ، الفتاوي الهندية ج ٢ ص ٢٤٤ ، تفسير

الآلوسي ج ١ ص ٧٩ ، الام للشافعي ج ٤ ص ١٠١ ، المهذب ج ٢

ص ٢٦٧ ، شرح الموفق للزرقاني ج ٢ ص ١٤٠ ، شرح الخرشي ج ٣

ص ١٤٥ ، المغنسي ج ٨ ص ٥٠١ - ٥٠٣ ، الروض النضر ج ٢

ص ٤٣٤ - ٤٣٨ ، الخلاف للطوسي ج ٣ ص ٢٣٩ ، المختصر النافع

ص ١٣٤ ، شرح النيل ج ١ ص ٤٠٥ ، الاموال لابي عبيد ص ٤١ ،

نيل الاوطار ج ٨ ص ٦٠ - ٦١ ، زاد المعاد لابن قيم الجوزية ج ٢

زرعة على عمر أن يأخذ منهم الجزية باسم الصدقة ، وقال له : يا امير المؤمنين ان القوم لهم بأس شديد وهم عرب يأتون من الجزية فلا تعن عليك عدوك بهم . فبعث عمر في طلبهم فردهم وأخذ منهم ضعف (١) ما يأخذ من المسلمين في الزكاة ولم يخالف احد من الصحابة عمر بن الخطاب فصار اجماعا . وقال به الفقهاء ، بعد الصحابة ، كابن ابي ليلى وابي حنيفة وابي يوسف والشافعي واحمد بن حنبل والزيدية (٢) . وتؤخذ منهم هذه الجزية على شرائط الزكاة عند الحنفية والحنابلة (٣) . ومذهب مالك بن انس ان الجزية تؤخذ من نصارى بني تغلب كما تؤخذ من سائر اهل الذمة ، لا فرق بينهم وبين غيرهم فيها . قال ابن القاسم المالكي في المدونة الكبرى : « لو كانت الصدقة تؤخذ من نصارى بني تغلب مضاعفة ما جهلناه ولكننا نعرفه ، وما سمعت احدا من اصحابه يذكر

(١) ضعف الشيء : مثله او مثلاه .

فقد جاء في لسان العرب ج ٩ ص ٢٠٤ : وضعف الشيء ، مثله . وقال الزجاج : ضعف الشيء مثله الذي يضعفه ، واضعاف امثاله . وفي ص ٢٠٥ « والضعف في كلام العرب أصله المثل الى ما زاد وليس بمقصود على مثليه ، يقال ضعف هذا أي مثله . وجائر في كلام العرب أن يقول هذا ضعفه أي مثلاه وثلاثة امثاله . » ولكن المقصود بكلمة الضعف في جزية بني تغلب ليس المثل وانما المثلان ، فقد جاء في كتاب الخراج لأبي يوسف ، وهو يتكلم عن جزية بني تغلب ، في ص ١٢٠ : « فصالحهم على أن يضاعف عليهم الصدقة . . . فكل نصراني من بني تغلب له غنائم سائمة فليس فيها شيء حتى تبلغ اربعين شاة فاذا بلغت اربعين سائمة ففيها شاتان ، وكذلك البقر والأبل اذا وجب على المسلم شيء في ذلك فعلى النصراني التغلبي مثله مرتين » وفي حاشية ابن عابدين على الدر المختار طبعة بولاق ، الطبعة الثالثة ، ج ٣ ص ٢٦٨ : « قوله ضعفها ، أي ضعف الخمسة وهو عشرة دراهم » وانظر ايضا الاموال لأبي عبيد ص ٢٩ .

(٢) المغني ج ٨ ص ٥١٣ ، شرح الازهار ج ١ ص ٥٧٨ .

(٣) للزكاة شروط ، فهي تجب على المسلم الحر المالك للنصاب حسب نوع المال الذي يملكه ، وان يحول عليه الحول ان كان سائمة او ذهبا او فضة او من عروض التجارة ، اما الزروع والثمار والمعادن فلا يعتبر لها الحول . وفي وجوب الزكاة في مال الصبي والمجنون خلاف بين الفقهاء : المغني ج ٢ ص ٥٧٥ وما بعدها ، الكاساني ج ٢ ص ٩ وما بعدها .

— ١٤٩ —

هذا « (١) ، وهذا مذهب عمر بن عبد العزيز ايضا ، فقد روي عنه انه أبى على نصارى بني تغلب الا الجزية (٢) .

١٣٠ — ومعاملة نصارى بني تغلب ، ليست خاصة بهم عند الخبيلة والشافعية ، فقد قالوا : اذا كان قوم غير مسلمين لهم قوة وشوكة وامتنعوا عن أداء الجزية الا اذا صولحوا على ما صولح عليه بنو تغلب وخيف الضرر بترك اجابتهم الى طلبهم ، ورأى الامام اجابتهم دفعا للضرر ، جاز ذلك اذا كان المأخوذ منهم بقدر ما يجب عليهم من الجزية وزيادة قياسا على ما فعله عمر مع نصارى بني تغلب (٣) . وهذا ما أميل اليه لصحة القياس ، لان العلة واحدة وهي قوة القوم ودفع ضررهم ، فاذا وجدت هذه العلة في اية جماعة قوية وخيف الضرر من عدم اجابتها الى ما ارادت من مصالحة ، على نحو ما جرى مع بني تغلب ، جاز للامام ان يصلحها على الجزية بأن تدفعها باسم الصدقة مضاعفة .

١٣١ — ما يسقط الجزية بعد وجوبها :

مسقطات الجزية هي الاسلام ، الموت ، مضي المدة ، حصول بعض الاعذار ، عجز الدولة عن حماية الذمي ، اشتراك الذمي في الدفاع عن دار الاسلام . وفي بعض هذه المسقطات اختلاف بين الفقهاء . وتكلم فيما يلي عن كل واحدة منها .

١٣٢ — اولا — الاسلام او الموت :

ذهب الحنفية والزيدية والمالكية الى ان الجزية تسقط بالاسلام أو الموت ، بمعنى ان من وجبت عليه الجزية اذا أسلم أو مات بعد وجوبها بسنة أو اكثر ولم تستوف منه فانها تسقط عنه ولا يلزم بها ولا تؤخذ من تركته في حال موته (٤) . واحتج الحنفية لهذا القول

(١) المدونة الكبرى للامام مالك ج٢ ص ٤٢ .

(٢) المغني ج٨ ص ٥١٣ .

(٣) المغني ج٨ ص ٥١٦ ، متن المنهاج ج٤ ص ٢٥١ .

(٤) الفتاوى الخانية ج٣ ص ٥٨٩ ، الفتاوى الهندية ج٢ ص ٢٤٦ ،

اختلاف الفقهاء للطبري ص ٢١١ ، شرح الازهار ج١ ص ٥٧٩ ،

شرح الموطأ للزرقاني ج٢ ص ١٤١ ، المدونة الكبرى ج٢ ص ٤٣ ،

الشرح الكبير للدردير ج٢ ص ٢٠٢ ، شرح الزرقاني على مختصر

خليل ج٣ ص ١٤٣ .

بجسلة ادلة ، منها : ان النبي (ص) قال : ليس على مسلم جزية • وانها وجبت بطريق العقوبة على الكفر لا بطريق الديون ، وعقوبات الكفر تسقط بالاسلام ولا تقام بعد الموت • وانها وجبت وسيلة الى الاسلام فلا تبقى بعد الاسلام أو الموت ^(١) .

وذهب الشافعية الى ان الجزية لا تسقط بالاسلام أو بالموت اذا مر على وجوبها سنة فأكثر ، بل تؤخذ منه بعد اسلامه ، ومن تركته بعد موته مقدمة على حق الورثة والوصايا ، وبسبب ديون الآدميين • اما اذا أسلم او مات في اثناء الحول فقولان : الاول — لا يلزمه شيء • والثاني — وهو الصحيح عندهم ، يلزمه من الجزية بحصة ما مضى ، لان الجزية وجبت عوضا عن حقن الدم والسكن في دار الاسلام ، وقد استوفى البعض فيجب عليه أداء حصته ^(٢) .

ووافق الحنابلة الحنفية في سقوط الجزية عن الذمي اذا أسلم بعد الحول ، واحتجوا بقوله تعالى « قل للذين كفروا ان ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف » ^(٣) وبقول النبي (ص) : « الاسلام يجب ما قبله » • ولا ان الحنابلة لم يروا سقوط الجزية بالموت بعد الحول ، بل قالوا تؤخذ من تركته • ولكن اذا مات في اثناء الحول فانهم قالوا بسقوطها لان الجزية لا تجب ولا تؤخذ قبل تمام الحول • وقال بعض الحنابلة بسقوط الجزية بالموت مطلقا لانها عقوبة فتسقط بالموت كالحدود • وقد رد صاحب المغني هذا القول محتجا بأن الجزية دين وجب على الذمي في حياته فلا يسقط بموته كديون الآدميين ، والحد يسقط بالموت لفوات محله وتعذر استيفائه بخلاف الجزية ^(٤) .

وقول الشيعة الامامية كقول الحنابلة في سقوط الجزية باسلام الذمي او موته بعد الحول ، الا أنهم لم يصرحوا برأيهم في حالة موته في

(١) المبسوط ج ١ ص ٨٠ ، الكاساني ج ٧ ص ١١٢ .

(٢) متن المنهاج ج ٤ ص ٢٤٩ ، المهذب ج ٢ ص ٢٦٧ - ٢٦٨ .

(٣) سورة الانفال ج ٩ ، الآية ٣٨ .

(٤) المغني ج ٨ ص ٥١١ - ٥١٢ ، كشف القناع ج ١ ص ٧٠٨ .

أثناء الحول^(١).

١٣٣ - وقول الحنفية هو الصحيح ، فالجزية تسقط بالاسلام أو الموت . لكن لا نوافقهم على قولهم ان الجزية وجبت بطريق العقوبة ، لانها وجبت بدلا عن الحماية كما بينا من قبل . والواقع ان سقوط الجزية بالاسلام الذي يستند الى قول النبي (ص) : « ليس على مسلم جزية » ، ومعناه كما قال ابو عبيد : « ان رجلا لو اسلم في آخر السنة وقد وجبت عليه الجزية أن اسلامه يسقطها عنه فلا تؤخذ منه ، وان كانت قد لزمته قبل ذلك .. »^(٢).

واما سقوط الجزية عن الذي يموت فلان الجزية لم تشرع لغرض المال وانما شرعت وسيلة الى الاسلام ، كما قال الاحناف انفسهم ، ووافقهم الامام القرافي^(٣) ، فقال : « شرع الله تعالى الجزية رجاء ان يسلم في مستقبل الازمان لا سيما مع اطلاعه على محاسن الاسلام »^(٤) . فاذا حصل الاسلام فقد حصل المقصود ، واذا مات الذي فقد فات المقصود فلا حاجة بعده الى التثبيت بالوسيلة .

١٣٤ - ثانيا - مضي المدة :

ويراد به مضي سنة او اكثر على وجوب الجزية دون ان تستوفي من الذي . فهل يجب على الذي أداء جزية ما مضى ام لا ؟

اختلف الفقهاء ، فعند ابي حنيفة لا يطالب بجزية السنين الماضية

(١) المختصر النافع ص ١٣٥ ، الخلاف للطوسي ج٣ ص ٢٢٩ ، جواهر الكلام ، المجلد المطبوع سنة ١٢٧٢ هـ ، بحث الجهاد .

(٢) الاموال لابي عبيد ص ٤٧ . وانظر ايضا المقدمات لابن رشد ج١ ص ٢٨٤ - ٢٨٥ .

(٣) هو الامام شهاب الدين ابو العباس احمد بن ابي العلاء ادريس بن عبد الرحمن المصري المشهور بالقرافي ، الفقيه المالكي وصاحب المصنفات الكثيرة توفي سنة ٦٨٤ هـ : الديباج المذهب للامام ابن فرحون ص ٦٢ وما بعدها .

(٤) الفروق للقرافي ج٣ ص ١١٠ .

ولا بالسنة التي هو فيها حتى تنقضي^(١) ، وعند صاحبين يطالب
الذمي بجزية السنين الماضية وبجزية السنة التي هو فيها ايضا^(٢) .

وحجة صاحبين ان خراج الارض لا يسقط بالتأخير فكذا الجزية،
لان كلا منهما دين فلا يسقط بالتأخير كسائر الديون^(٣) . ولان الذمي

(١) ويلاحظ هنا ان قول ابي حنيفة بسقوط الجزية بمضي المدة . لا يعني
ان مضي المدة مسقط للحق في الشريعة الاسلامية ، فالواقع ان
الشريعة الاسلامية لا ترى سقوط الحق او اكتسابه بمضي المدة .
ولهذا كان الاصل المقرر في الشريعة ان الالتزام لا يسقط الا بالوفاء
او بما يقابل الوفاء . ولكن الفقهاء المتأخرين لاعتبارات من رعاية
استقرار المعاملات في المجتمع اجازوا عدم سماع الدعوى اذا كان قد
مضى على الحق المدعي به مدة معينة يختلفون في مقدارها : احكام
الاراضي لاستاذنا شاكرا ناصر ص ٤٢٥ - ٤٢٦ . ونظام عدم سماع
الدعوى لمرور الزمن ، الذي قرره فقهاء المسلمين ، يختلف عن النظام
المسقط للحق المقرر في القوانين الوضعية كالقانون المصري . ففي
النظام الاسلامي لا يقضي بعدم سماع الدعوى الا عند انكار المدعي عليه،
ولهذا اذا اقر بحق المدعي لم يجز له التمسك بالتقادم ، في حين ان
هذا الاقرار لا يمنع من تمسك المدعي عليه بالتقادم طبقا للقانون
الوضعي : انظر مضي المدة في الالتزام لاستاذنا الدكتور عبد النعم
البدراوي ص ٢٥٣ - ٢٥٤ .

ويلاحظ هنا ايضا ، ان قول ابي حنيفة بسقوط الجزية بمضي
المدة ، يعني ان دين الجزية دين ضعيف ، لان الدين القوي لا يسقط
مع قيام سببه الا بالاداء او البراء ، والدين الضعيف هو ما يمكن ان
يسقط بسبب آخر غير الاداء او البراء . وعلى هذا فان المقاصة
الجبرية لا تقع بدين الجزية اذا كان ما يقابلها دين قوي ، لان الحنفية
اشتروا للمقاصة الجبرية شروطا : منها تماثل الدينين قوة وضعفا :
المقاصة الجبرية لاستاذنا محمد سلام مذكور ص ٦٠ - ٦٢ .

وقد لاحظ استاذنا محمد سلام مذكور بحق ان ما اشترطه الاحناف
من شروط لوقوع المقاصة تشدد لا مبرر له ، اذ لا مدخل لما عساه
يطرأ على احد الدينين ولم يكن قد طرأ عليه حين وقوع المقاصة .
فالدينان سواء في ان كلا منهما حال يجب الوفاء به ، ولصاحبه الحق
في المطالبة به لا يحول بينه وبين تقاضيه اي حائل ، وهو لو تقاضاه
منه وأداه اليه ثانية لبرأت ذمته وكان هذا العمل عبثا لا فائدة
منه ، ولا معنى لمراعاة امر موهوم لم يقع حتى جاء امر المقاصة :
المقاصة لاستاذنا محمد سلام مذكور ص ٦٣ .

(٢) الفتاوي الخانية ج ٣ ص ٥٨٩ ، الفتاوي الهندية ج ٢ ص ٢٤٦ ،

المبسوط ج ١٠ ص ٨٢ ، الكاساني ج ٧ ص ١١٢ .

(٣) الكاساني ج ٧ ص ١١٢ .

إذا بقي مصرا على الكفر فاستيفاء ما وجب عليه من الجزية من الوجه الذي وجب ممكن بخلاف ما بعد اسلامه او موته (١).

وحجة أبي حنيفة ان الجزية واجبة على وجه العقوبة لا قامتهم على الكفر مع كونهم من اهل القتال ، وحق الاخذ فيها الى الامام فاشبهت الحدود . ولما كان اجتماع الحدود من جنس واحد يوجب الاقتصار على واحد منها ، فكذلك حكم الجزية لانها مستحقة على وجه العقوبة . بل ان الجزية أخف وأضعف من الحدود لانها تسقط بالاسلام ، والحدود لا تسقط بالاسلام . ولا يمكن قياس الجزية على خراج الارض في عدم السقوط بالتأخير لان خراج الارض ليس بصغار ولا عقوبة ، بدليل انه يؤخذ من المسلم ، والجزية لا تؤخذ من المسلم (٢) . وغير المسلم اذا أسلم بعد مضي سنة لا يسقط عنه خراج ارضه ، والجزية تسقط عنه . وبهذا يتبين ان الجزية ليست كسائر الديون فبطل قياسها على الخراج في عدم السقوط عند تأخر الاداء (٣).

ومذهب الحنابلة والشافعية والشيعة الامامية عدم سقوط الجزية بمضي المدة بحجة ان الجزية حق مالي يجب في آخر كل حول فلا تتداخل كالدية (٤).

والراجع ، عندي ، عدم سقوط الجزية بمضي المدة . وما احتج به أبو حنيفة لا ينهض حجة لما ذهب اليه . فالجزية ليست عقوبة على بقاء الذمي على الكفر كما قد بينا هذا من قبل (٥) . واما سقوطها بالاسلام فللترغيب فيه كما قلنا ولا يوجد هذا المعنى في التأخير فلا يكون مستقلا لها . وايضا فان الجزية وجبت لاشراك الذمي في الدفاع عن دار الاسلام

(١) المبسوط ج ١٠ ص ٨٢ .

(٢) الجصاص ج ٣ ص ١٠٠ .

(٣) الكاساني ج ٧ ص ١١٢ .

(٤) المغني ج ٨ ص ٥١٢ ، المحرر ج ٢ ص ١٨٤ ، جواهر الكلام في فقه الشيعة الامامية ، المجلد المطبوع سنة ١٢٧٢ هـ ، وفيه : ولا تتداخل

الجزية فاذا اجتمعت عليه جزية سنين مثلا استوفيت منه اجمع .

(٥) فقرة ١٢٧ ص ١٤٦ من هذه الرسالة .

— ١٥٤ —

عن طريق المساهمة بماله وهذا المعنى لا يسقط بالتأخير فلا تسقط الجزية .

١٣٥ - ثالثا - حصول بعض الاعذار :

صرح الحنفية بسقوط الجزية اذا طرأت بعض الاعذار المانعة من ايجاب الجزية كما لو صار الذمي فقيرا لا يقدر على شيء او صار مقعدا او زمنا او شيخا كبيرا . ففي هذه الاحوال تسقط عنه الجزية، ولا تؤخذ منه جزية ما مضى اذا لم يكن قد أداها في وقتها ^(١) . ويشترط ان تدوم هذه الاعذار نصف سنة فأكثر حتى يسقط الباقي من الجزية ^(٢) . وعند المالكية تسقط الجزية عند المعجز عن أدائها ولا تؤخذ منه بعد يساره ، فقد قالوا : « ... ومن كان غير قادر على شيء سقطت عنه فلا يطالب بها بعد غناه » ^(٣) .

١٣٦ - سقوط الجزية بمعجز الدولة الاسلامية عن حماية الذميين :

قلنا ان الجزية بدل عن الحماية لان الاسلام لم يلزم الذميين بواجب الدفاع عن دار الاسلام رعاية لهم وعناية بهم، فاذا عجز المسلمون عن حمايتهم لم يبق ما يدعو الى بقائها فتسقط . يدل على هذا الذي نقوله السوابق التاريخية في زمن الصحابة ، وهم أعرف بأغراض التشريع الاسلامي من غيرهم . ومن هذه السوابق ما يأتي : -

١ - جاء في صلح خالد بن الوليد مع صلوبة بن نسطونا - صاحب قس الناطف في منطقة الحيرة ، ما يأتي : « انني عاهدت على الجزية والمنعة ... فان منعناكم فلنا الجزية والا فلا حتى نمنعكم » ^(١) .

(١) الدر المختار ج٣ ص ٣٧٢ ، الفتاوي الهندية ج٢ ص ٢٤٦ ، الفتاوي الخانية ج٣ ص ٥٨٩ : واذا مات من عليه الجزية او اسلم وبقي عليه من الجزية لم يؤخذ ذلك الباقي عندنا وكذلك اذا عمي او صار مقعدا او زمنا او شيخا كبيرا لا يستطيع ان يعمل او صار فقيرا لا يقدر على شيء وبقي عليه من جزية رأسه شيء سقط الباقي .

(٢) رد المختار لابن عابدين ج٣ ص ٣٧٢ - ٣٧٣ .

(٣) شرح الخرشي ج٣ ص ١٤٥ ، وبلغه السالك ج١ ص ٣٤٢ .

(٤) تاريخ الطبري ج٤ ص ١٦ .

ب — ان أبا عبيدة بن الجراح عندما اعلمه نوابه على مدن الشام بتجمع الروم كتب اليهم : أن ردوا الجزية على من اخذتموها منه . وامرهم ان يقولوا لهم : انما رددنا عليكم اموالكم لانه قد بلغنا ما جمع لنا من الجموع وانكم اشترطتم علينا ان نمنعكم وانا لا نقدر على ذلك وقد رددنا عليكم ما أخذنا منكم ونحن لكم على الشروط وما كتبنا بيننا وبينكم ان نصرنا الله عليهم ^(١) .

ج — وفي كتاب حبيب بن مسلمة لاهل تفليس : « والجزية على كل أهل بيت دينار . . . وان عرض للمسلمين شغل عنكم فقهركم عدوكم فغير مأخوذین بذلك ولا هو ناقض عهدكم » ^(٢) .

١٣٧ — سقوط الجزية باشتراك الذميين في الدفاع عن دار الاسلام :

الجزية بدل عن الحماية فاذا ساهم الذميون في الدفاع عن دار الاسلام فقد قاموا بالاصل الذي من أجله وجبت عليهم الجزية . ونذكر فيما يلي بعض السوابق المهمة التي وقفنا عليها والدالة بصراحة على سقوط الجزية عن الذميين اذا ما اشتركوا في الدفاع عن دار الاسلام .
اولا — كتاب عتبة بن فرقد الى أهالي أذربيجان ، فقد جاء فيه : « بسم الله الرحمن الرحيم . هذا ما أعطى عتبة بن فرقد عامل عمر بن الخطاب أمير المؤمنين أهل اذربيجان سهلها وجبلها وحواشيها وأهل مللها كلهم الامان على أنفسهم واموالهم وشرائعهم على ان يؤدوا الجزية على قدر طاقتهم . . . ومن حشر منهم في سنة وضع عنه جزاء تلك السنة » ^(٣) .
ثانيا — ما رواه الطبري عن ملك « الباب » ، في نواحي ارمينيا ، واسمه شهر براز ، انه طلب من سراقه بن عمرو ، امير تلك المناطق ، ان يضع عنه وعمن معه الجزية على ان يقوموا بما يريده منهم ضد عدوهم ، فقبل سراقه وقال له :

(١) الخراج لابن يوسف ص ١٣٩ .
(٢) تاريخ البلاذري ص ٢٨٣ — ٢٨٤ .
(٣) تاريخ الطبري ج ٥ ص ٢٥٠ .

« قد قبلنا ذلك ممن كان معك على هذا ما دام عليه ، ولا بد من الجزاء ممن يقيم ولا ينهض » . فقبل ذلك وصار سنة فيمن كان يحارب العدو من المشركين وفيمن لم يكن عنده الجزاء الا ان يستنفروا فتوضع عنهم جزاء تلك السنة . وكتب سراقه الى عمر بن الخطاب بذلك فأجازه وحسنه ^(١) .

ثالثا - كتاب سراقه لاهل ارمينية ، فقد جاء فيه :

« بسم الله الرحمن الرحيم . هذا ما أعطى سراقه بن عمرو عامل امير المؤمنين عمر بن الخطاب شهر براز وسكان ارمينية والارمن من الامان ، أعطاهم امانا لانفسهم واموالهم وملتهم ألا يضاروا ولا ينتقصوا ، وعلى اهل ارمينية و . . ان ينفروا لكل غارة وينفروا لكل أمر ناب او لم ينب رآه الوالي صلاحا على ان توضع الجزاء عنمن اجاب الى ذلك » ^(٢) .

رابعا - وفي كتاب سويد بن مقرن قائد جيش المسلمين في بلاد فارس في زمن عمر بن الخطاب ، الى ملك جورجاني :

« بسم الله الرحمن الرحيم . هذا كتاب من سويد بن مقرن لرزبان صول بن رزبان واهل دهستان وسائر اهل جورجاني ان لكم الذمة وعلينا المنعة . . . ومن استعنا به منكم فله جزاؤه في معوثته عوضا عن جزائه » ^(٣) .

خامسا - ان الجراجمة في جبل اللكام في نواحي أنطاكية ، تقضوا العهد فوجه ابو عبيدة بن الجراح الى انطاكية من فتحها ثانية ، وولى عليها بمد فتحها حبيب بن مسلم الفهري . ففزا الجرجومة - مكان الجراجمة - فلم يقاتله اهلها ، ولكنهم طلبوا الامان والصلح فصالحوه على ان يكونوا اعوانا للمسلمين وعيونا ومسالح في جبل اللكام وان لا يؤخذوا بالجزية . . . ودخل من كان في مدينتهم في هذا الصلح ^(٤) .

فهذه السوابق التاريخية في عهد الصحابة صريحة في سقوط

- (١) تاريخ الطبري ج ٥ ص ٢٥٦ .
- (٢) المرجع السابق ص ٢٥٧ .
- (٣) المرجع السابق ص ٢٥٤ .
- (٤) تاريخ البلاذري ص ٢١٧ .

الجزية عن يحارب مع المسلمين ويشارك في الدفاع عن دار الاسلام ، حتى صار هذا الامر مألوفاً شائعاً « سنة فيمن كان يحارب العدو من المشركين » ولم ينقل لنا خلاف فيه ، بل ان عمر بن الخطاب قد حسن هذا الاجراء عندما اخبره به سراقه مما يدل على ان هذا الحكم كان مجعماً عليه في زمن الصحابة .

فالجزية اذن تسقط باشتراك الذمين مع المسلمين في الدفاع عن دار الاسلام ، او اذا استعدوا لهذا الدفاع وهياؤوا أنفسهم له ، اذ لا يشترط الدفاع الفعلي وانما يكفي التهيؤ لهذا الدفاع والقتال ضد العدو .

وقد أشار الاباضية الى سقوط الجزية باشتراكهم في الدفاع عن دار الاسلام ، فقد جاء في شرح النيل في بحث الجزية : « وأن يتركها - أي الامام - كلها ان اعانوهم على عدوهم بالسلاح » (١) .

١٢٨ - الجزية في الوقت الحاضر :

في البلاد الاسلامية، في الوقت الحاضر ، ذميون وهؤلاء لا تؤخذ منهم جزية في معظم الدول الاسلامية كما في العراق والجمهورية العربية المتحدة . ويمكن توجيه عدم ادائهم الجزية توجيهاً شرعياً بأن يقال ان الذمين في هذه الدول يشتركون مع المسلمين في واجب الدفاع عن دار الاسلام . والمساهمة في هذا الواجب تسقط الجزية بعد وجوبها أو تمنع وجوبها اصلاً كما رأينا في بعض السوابق التاريخية التي ذكرناها . فهم يؤدون الخدمة العسكرية ويساهمون في الدفاع عن الوطن، فقد نص الدستور المؤقت للجمهورية العربية المتحدة في مادته الحادية عشرة على ان : « الدفاع عن الوطن واجب مقدس ، وأداء الخدمة العسكرية شرف للمواطنين والتجنيد اجباري وفقاً للقانون » . كما نص القانون رقم ٥٠٥ لسنة ١٩٥٥ المعدل بشأن الخدمة العسكرية والوطنية في الجمهورية العربية المتحدة ، في مادته الاولى : « تفرض الخدمة العسكرية او الوطنية

(١) شرح النيل ج ١٠ ص ٤٠٨ .

— ١٥٨ —

على كل مصري من الذكور أتمّ الثامنة عشرة من عمره » •
 ونص دستور الجمهورية العراقية الموقت في مادته السادسة عشرة :
 « الدفاع عن الوطن واجب مقدس وأداء الخدمة العسكرية شرف
 للمواطنين وتنظم احكامها بقانون » •
 ومن هذا كله ، يتجلى لنا ان اعفاء الذمين ، في العراق والجمهورية
 العربية المتحدة ، من أداء الجزية لا يعد مخالفة للشرع الاسلامي باعتبار
 ان هؤلاء الذمين يساهمون ، برضاهم ، في الدفاع عن الوطن • ونقول
 برضاهم ، مع ان القانون يلزمهم بهذا الواجب ، لانهم لا يرغبون في
 تمييزهم عن المواطنين المسلمين في هذا الواجب بل يرغبون فيه •

لِمَجِّثُ الثَّانِي

الخِراج

١٣٩ — الخراج في اللغة الاتاوة ، وأصله ما يخرج من غلة الارض
 والمال ، ومن معناه المال المضروب على الارض ، والجزية . والجمع
 اخراج واخرجه (١) .
 وفي اصطلاح الفقهاء ، الخراج ما وضع على رقاب الارضين من
 حقوق تؤدي عنها (٢) .
 فالخراج ضريبة مالية على الاراضي ، وهذه تسمى الاراضي
 الخراجية ، وهي أنواع كما سنبينه فيما بعد •
 وقد ورد استعمال كلمة الخراج بمعنى الجزية على ألسنة الفقهاء ،
 (١) النجد ص ١٦٩ ، وفي المصباح المنير ج ١ ص ٢٢٧ الخراج والخرج
 ما يحصل من غلة الأرض .
 (٢) الماوردي ص ٤١ ، ابو يعلى الحنبلي ص ١٤٦ ، وفي شرح الازهار في فقه
 الزيدية : الخراج ما ضرب على أراضي الكفار المغنومة عنوة التي تركت
 بيد أهلها : ج ١ ص ٥٧١ •

— ١٥٩ —

فمن ذلك ما قاله ابو حنيفة « ولا يترك ذمي في دار الاسلام بغير خراج رأسه »^(١) . وعن الشعبي قال : « اول من فرض الخراج رسول الله (ص) ، فرض على أهل هجر على كل محتلم ذكرا كان او انثى »^(٢) .
الا أن المعنى الشائع في استعمال كلمة الخراج عند الفقهاء هو ما يفرض على الارض من ضريبة مالية . فاذا اطلقت كلمة الخراج فانما يراد بها ضريبة الارض ولا يطلق اسم الخراج على الجزية الا مقيدا بخراج الرأس^(٣) .

١٤٠ - والخراج في الاصل تكليف مالي على الذمي في أرضه ، اذ هكذا فعل سيدنا عمر بن الخطاب عند فتحه العراق ، فقد ترك الارض بأيدي أهلها وضرب على رؤوسهم الجزية وعلى أراضيهم الخراج بعد مشاورة الصحابة وموافقتهم^(٤) .

١٤١ - الأراضي الخراجية :

الأراضي الخراجية هي التي يضرب عليها الخراج ابتداء اذا كانت تحت يد ذمي ، وهي عند الحنفية ، انواع :

أ - الأراضي المفتوحة عنوة وقهرا ، اذا منّ الامام على اصحابها وتركها في أيديهم ، فانه يضع عليها الخراج ، كما فعل عمر بن الخطاب بأرض مصر وأرض السواد في العراق وغيرهما^(٥) .

ب - الأرض التي تركت الى أهلها صلحا على وظيفة معلومة فانها

- (١) الخراج لابي يوسف ص ١٢٢ .
- (٢) الخراج لابي يوسف ص ١٢٩ . والشعبي هو عامر بن شراحيل ، فقه تابعي مات سنة ١٠٤ هـ : الحديث والمحدثون ص ١٩٦ - ١٩٧ .
- (٣) فتح القدير ج ٤ ص ٣٦٧ .
- (٤) الجصاص ج ٣ ص ٤٣٠ .
- (٥) الخراج لابي يوسف ص ٤٤ ، الهداية ج ٤ ص ٣٥٩ .
ويلاحظ هنا ان أرض الحجاز واليمن وأرض العرب كلها . تعتبر من الأراضي العشرية ولو ان النبي (ص) فتح بعضها لانه صلى الله عليه وسلم لم يضع عليها الخراج ، وعلى هذا جرى العمل : الخراج لابي يوسف ص ٥٨ - ٦٠ .

تكون خراجية لما روي عن النبي (ص) انه صالح نصارى فجران على جزية رؤوسهم وخراج اراضيهم على النبي حلة ، وروي على اكثر من هذا المقدار ^(١).

ج - اراضي نصارى بنسي تغلب ، لان عمر بن الخطاب صالحهم على ان يأخذ من اراضيهم العشر مضاعفا ، وذلك خراج في الحقيقة ^(٢).
د - ارض الموات التي احيها ذمي ، وداره التي اتخذها بستانا ، واراض الغنيمة اذا حصل عليها الذمي بسبب اشتراكه في القتال مع المسلمين . وانما كانت هذه الاراضي خراجية ، لان الارض لا تخلو من خراج او عشر ، واراض الذمي يقرض عليها ابتداء الخراج لما في العشر من معنى العبادة ، والذمي ليس من أهل وجوبها ^(٣).

هـ - الارض العشرية اذا تملكها ذمي . فعند أبي حنيفة تصير خراجية، وحجته ان في العشر معنى العبادة وليس هو من أهل وجوبها ، ولهذا لم يجب عليه العشر ابتداء فكذلك لا يجب عليه في حال البقاء .
واذا تمذر ايجاب العشر وجب الخراج اذ لا بد من فرض ضريبة على الارض في دار الاسلام : العشر أو الخراج . وعند أبي يوسف ومحمد تبقى الارض عشرية ولا تصير خراجية ، الا ان ابا يوسف قال ان على الذمي عشرين ، وقال محمد ان عليه عشرا واحدا . وحجة الامام محمد ان الاصل بقاء ما فرض على الارض ابتداء فلا يتغير بتغير المالك ، كالخراج لا يتبدل بتبدل المالك ، والجامع بينهما ان كلا من العشر والخراج مؤونة الارض . وحجة أبي يوسف انه لما وجب العشر على غير المسلم ، كما قال محمد ، فالواجب عليه باسم العشر ان يكون مضاعفا كما هو الحال بالنسبة لنصاري بني تغلب ^(٤).

والراجع قول أبي حنيفة ، لان العشر زكاة ما تخرجه الارض ،

(١) الكاساني ج ٢ ص ٥٨ .

(٢) المرجع السابق ج ٢ ص ٥٨ .

(٣) المرجع السابق ج ٢ ص ٥٨ .

(٤) المرجع السابق ج ٢ ص ٥٤ - ٥٥ .

- ١٦١ -

والزكاة لا تؤخذ من الذمي ، فليس العشر ضريبة محضة كالخراج حتى يمكن ان يقال ببقائه اذا تملك الذمي ارضا عشرية .

١٤٢ - انواع الخراج :

الخراج نوعان : خراج وظيفية وخراج مقاسمة .

(أ) - خراج الوظيفة :

وهو ما يفرض على الارض بالنسبة الى مساحتها ونوع زراعتها . والاصل فيه ما فعله عمر بن الخطاب في أرض السواد في العراق بعد فتحها . فقد تركها بأيدي اهلها ، وفرض على كل جريب ارض بيضاء تصلح للزراعة ققيزا مما يزرع فيها ودرهما ، وعلى جريب الرطبة خمسة دراهم ، وعلى جريب الكرم عشرة دراهم . وقد جعل عمر هذه المقادير بمحض من الصحابة ولم ينكر عليه أحد . اما جريب الارض التي فيها اشجار مثمرة بحيث لا يمكن زراعتها فقد روي عن أبي يوسف انه قال : اذا كانت النخيل والاشجار ملتفة جعلت عليها الخراج بقدر ما تطيق ولا أزيد على ما يوظف على جريب الكرم أي عشرة دراهم (١) .

(ب) - خراج المقاسمة :

وهو ان يكون الواجب شيئا من الخارج نحو الخمس والسدس وما أشبه ذلك (٢) . وهذا النوع من الخراج جائز ، فقد فعله النبي (ص) مع أهل خيبر لما افتتحها (٣) . والفرق بين النوعين هو ان فسي خراج الوظيفة يكون الواجب شيئا في الذمة يتعلق بالتمكن من الاتفاع

(١) الكاساني ج ٢ ص ٦٢ ، المبسوط ج ١ ص ٧٩ . والرطبة هي القثاء والخيار والبطيخ ونحو ذلك : رد المحتار ج ٣ ص ٣٦٠ . ومساحة الجريب بالامتار المربعة ٤١٦ . ١٣٦٦ أي ان كل فدان مصري يساوي ٣ اجرية وبعض الجريب . اما وزن الققيز فهو ٢٧٥١ كيلو جرام باعتبار انه صاع : الخراج في الدولة الاسلامية للاستاذ محمد ضياء الدين الريس ص ٢٧٧ - ٢٧٩ ، ٢٠٢ - ٣٠٥ .

(٢) الكاساني ج ٢ ص ٦٣ ، الفتاوى الهندية ج ٢ ص ٢٣٧ .

(٣) الكاساني ج ٢ ص ٦٣ .

بالارض . اما خراج المقاسة فيتعلق بالخارج من الارض لا بالتمكن من الزراعة حتى اذا عطل الارض صاحبها مع التمكن من الانتفاع بها سم يجب عليه شيء^(١) . وخراج الوظيفة يؤخذ مرة واحدة في السنة ، اما خراج المقاسة فيتكرر أخذه بتكرر الخارج من الارض^(٢) .

١٤٣ - مبنى الخراج على الطاقة :

المنظور اليه عند تعيين مقدار الخراج هو طاقة الارض أي قدرتها على تحمل ما يفرض عليها من الخراج . والدليل على هذا ما روي ان حذيفة بن اليمان وعثمان بن حنيف لما مسحوا سواد العراق ووضعوا عليها الخراج بأمر عمر بن الخطاب ، قال لهما عمر : لعلكما حملتا الارض ما لا تطيق ؟ قالوا : لا ، بل حملناها ما تطيق ولو زدنا لاطاقت . فدل هذا الخبر على ان مبنى الخراج على الطاقة^(٣) .

ومناقشة عمر لعثمان بن حنيف وحذيفة بن اليمان في مقدار ما وضعاه من خراج دليل على عدالة عمر المستمدة من سماحة الاسلام وعدالته بالنسبة إلى كل انسان مهما كان دينه ، وسواء كان عدوا أو صديقا ، قريبا أو بعيدا ، قال تعالى « ولا يجرمكم شأن قوم على الا تعدلوا اعدلوا هو أقرب للتقوى »^(٤) . كما يدل كلام عمر على ان المسلمين لم ينظروا الى غير المسلمين ، من اهل البلاد المفتوحة ، نظرة استغلال ، وهذا يؤيد ان الفتح الاسلامي ما كان يراد به الكسب المادي واستغلال الشعوب وانما هدايتها واقامة العدل فيها .

فالخراج ، اذن ، يتحدد مقداره بقدر طاقة الارض ، ولهذا جاءت الروايات المختلفة عن عمر بن الخطاب في مقادير الخراج . وانما اختلفت هذه المقادير ، كما قال الفقهاء ، لاختلاف الاراضي من حيث الجودة

(١) الفتاوى الهندية ج ٢ ص ٢٣٧ - ٢٣٨ .

(٢) الدر المختار ورد المحتار ج ٣ ص ٣٦٥ .

(٣) الكاساني ج ٢ ص ٦٢ - ٦٣ .

(٤) سورة المائدة ج ٨ الآية ٨ .

- ١٦٣ -

ومقدار الغلة وكثرة المؤونة وقلتها (١).

وقد نص الفقهاء على بعض الامور التي يجب ان تلاحظ ، عند فرض الخراج ، للتعرف بها على طاقة الارض ، من ذلك خصوبة الارض ، ونوع ما يزرع فيها وأثنائه ، وطريقة سقيها ، وقربها أو بعدها عن المدن والاسواق (٢).

١٤٤ - هل الخراج تقدير ثابت أم يتغير بتغير الاحوال ؟

ذهب الحنابلة والزيدية والشافعية الى أن مقدار الخراج يرجع الى رأي الامام واجتهاده . فليس هو بتقدير ثابت ، فلا يتقيد الامام بما فرضه عمر بن الخطاب ، بل له أن يزيد عليه أو ينقص منه . وانما عليه أن يراعي طاقة الارض كما فعل عمر بن الخطاب نفسه عند فرض الخراج على أرض العراق وغيرها (٣).

أما الحنفية فقد اتفقوا على جواز نقصان الخراج عما فرضه عمر بن الخطاب ، ولكنهم اختلفوا في الزيادة عليه . فعلى قول الامام محمد واحدى الروايتين عن أبي يوسف يجوز للامام ، عند فرضه الخراج ، أن يزيد على ما وضعه عمر بن الخطاب كما له أن ينقص منه . وعلى قول أبي حنيفة واحدى الروايتين عن أبي يوسف لا يجوز له أن يزيد عليه وان كان له ان ينقص منه . وهذا القول هو الصحيح في المذهب الحنفي (٤).

والراجع من القولين قول الحنابلة ومن معهم ، بل هو الصحيح الذي ينبغي المصير اليه ، لان مبني الخراج على طاقة الارض ، وهذا هو

(١) فتح القدير ج٤ ص ٣٦٣ ، الماوردي ص ١٤٣ ، ابو يعلى الحنبلي ص ١٥٠ - ١٥١ .

(٢) الماوردي ص ١٤٣ - ١٤٤ ، ابو يعلى الحنبلي ص ١٥١ .

(٣) شرح منتهى الارادات ج١ ص ٧٣٤ ، الروض النضر ج٢ ص ٢٥ -

٤٣٦ ، شرح الازهار ج١ ص ٥٧٣ ، الماوردي ص ١٤٣ .

(٤) الفتاوى الهندية ج٢ ص ٢٣٨ - ٢٣٩ .

الاصل المتفق عليه . فاذا كانت الارض تطبق من الخراج مقدارا أكبر مما وضعه عمر بن الخطاب ، فلم لا يجوز للامام أن يضعه ؟ . الواقع أن عمر بن الخطاب ، كما يقول ابو يوسف ، لم يقل عند وضعه الخراج « ان هذا الخراج لازم لاهل الخراج وحتم عليهم ولا يجوز لي ولمن بعدي من الخلفاء أن ينقص منه ولا يزيد فيه » (١) .

كما ان قيمة النقود تتغير بتغير المكان والزمان ، فمن المناسب المعقول أن يلاحظ هذا التغير عند وضع الخراج . والقول بالتقيد بما وضعه عمر ، في هذه الحالة ، يؤدي الى الاضرار ببيت المال أو بأصحاب الاراضي ، والضرر في الشريعة مرفوع اذ لا ضرر ولا ضرار .

١٤٥ — واذا وضع الخراج ثم طرأ على الارض طارئ أضعف طاقتها أو زادها فهل يغير الخراج بما يلائم وضعها الجديد أم لا ؟

أما تنقيص الخراج لنقصان طاقتها فهذا جائز للامام ، وقد حكى الاجماع على جوازه الحنفية والزيدية . ولكن الشافعية والحنابلة فصلوا في المسألة ، فقالوا : اذا كان نقصان طاقة الارض بسبب من أصحابها فالخراج لا ينقص ، واذا كان النقصان بسبب من غيرهم فالخراج ينقص (٢) . وهذا تفصيل حسن يحقق العدالة ويدفع الضرر عن بيت المال وعن أصحاب الارض على حد سواء .

أما زيادة الخراج الموظف على الارض ، عند زيادة طاقتها ، ففيه اختلاف عند الاحناف ، ففي الهداية : « وأما الزيادة عند زيادة الربيع ، يجوز عند محمد اعتبارا بالنقصان . وعند أبي يوسف لا يجوز ، لان عمر لم يزد حين اخبر بزيادة الطاقة » (٣) .

(١) الخراج لابي يوسف ص ٨٤ .

(٢) شرح الأزهري ج ١ ص ٥٧٣ ، الكاساني ج ٢ ص ٢٣ ، الهداية وفتح القدير ج ٤ ص ٣٦٣ ، رد المحتار ج ٣ ص ٣٦١ ، الفتاوى الهندية ج ٢ ص ٢٣٨ ، الماوردي ص ١٤٥ ، أبو يعلى الحنبلي ص ١٥٢ .

(٣) الهداية ج ٤ ص ٣٦٣ .

- ١٦٥ -

والزبدية مختلفون أيضا في هذه المسألة ^(١) . اما الشافعية والحنابلة فالزيادة عندهم تجوز اذا كانت زيادة طاقة الارض بسبب ليس من جهة اصحاب الارض ^(٢) .

والراجع قول من اجاز زيادة الخراج عند زيادة طاقة الارض ، لان مبنى الخراج على الطاقة ، فكما انه ينقص بنقصانها فينبغي ان يزيد بزيادتها . والاحتجاج بان عمر بن الخطاب لم يزد الخراج عندما اعلم بتحمل الارض اكثر مما فرض عليها لا يدل على منع زيادة الخراج عند زيادة طاقة الارض ، لان زيادة الخراج في هذه الحالة امر جوازي مفوض الى رأي الامام . ويمكن ان عمر بن الخطاب لم يزد الخراج لرغبته في التخفيف عن اصحاب الاراضي وقد تم فتحها قريبا . وابو يوسف نفسه قال : ان عمر لم يقل حين وضعه الخراج انه لازم لي ولمن جاء بعدي ، كما ذكرنا هذا من قبل .

١٤٦ - الخراج على صاحب الارض :

خراج الارض يدفعه صاحب الارض ، سواء اكان رجلا أم امرأة أم صبيا . لانه مؤونة الارض النامية ، وهم في حصول النماء سواء ^(٣) . ولان عمر بن الخطاب حين وضع الخراج جعله عاما ^(٤) .

واذا آجر صاحب الارض ارضه أو أعارها أو أعطاها مزارعه فخراجها على صاحب الارض ، وهذا ما صرح به الحنفية . ولو غصبها غاصب وزرعها فخراجها على الغاصب اذا لم تنقصها الزراعة ، فان نقصتها فالخراج على صاحب الارض كأنه آجرها منه . وقال الامام محمد : ينظر الى نقصان الارض والى الخراج ، فان كان ضمان النقصان اقل من الخراج فالخراج على الغاصب ويسقط عنه ضمان النقصان ^(٥) .

(١) شرح الازهار ج١ ص ٥٧٣ .

(٢) الماوردي ص ١٤٥ ، ابو يعلى الحنبلي ص ١٥٣ .

(٣) المبسوط ج١ ص ٧٩ .

(٤) الاموال لابي عبيد ص ٧٢ .

(٥) الكاساني ج٢ ص ٥٦ .

١٤٧ - هل يجب الخراج عند تعطيل الارض الخراجية ؟

قال الحنفية : خراج الوظيفة يتعلق بالتمكن من الانتفاع بالارض ، فيجب بمجرد تسكن صاحب الارض من الانتفاع بها حتى ولو لم يزرعها^(١) . وحيث ان التمكن من الانتفاع ثابت ، وهو الذي فوته بتقصير منه ، فيتحمل هو تقصيره^(٢) . ولا يجب الخراج اذا كان تعطيل الارض لعدم تسكنه من الانتفاع بها كما لو كانت نزة او سبخة فلم يسكن من زراعتها^(٣) . وكذلك لا يجب الخراج اذا اصاب الزرع آفة فأهلكته ، لان صاحب الارض مصاب فيستحق المعونة ، ولانه ظهر انه لم يسكن من استغلال الارض دون تقصير منه ، بخلاف ما اذا عطلها مع قدرته على زراعتها^(٤) .

ومذهب الشافعية والحنابلة كذهب الاحناف في وجوب الخراج على صاحب الارض ما دام تسكنها من زراعتها ، سواء زرعها أو لم يزرعها^(٥) .

اما الارض التي خراجها مقاسمة ، فعند الاحناف ، لا يجب الخراج الا بوجود الخارج ، أي الزرع ، حقيقة . لان خراج المقاسمة يتعلق بعين الخارج ، مثل العشر ، فاذا لم يزرعها صاحبها ولو مع القدرة على زراعتها لم يجب الخراج لعدم وجود الخارج^(٦) . ويبدو ان مذهب الشافعية والحنابلة كمذهب الاحناف^(٧) .

والذي نرجحه هو وجوب خراج المقاسمة اذا كان تعطيل الارض

- (١) الدر المختار ج ٣ ص ٣٥٩ ، الفتاوي الهندية ج ٢ ص ٢٣٧ .
- (٢) الهداية ج ٤ ص ٣٦٣ ، الكاساني ج ٢ ص ٥٤ ، المبسوط ج ١ ص ٨٢ ، الدر المختار ج ٣ ص ٣٦٤ .
- (٣) الكاساني ج ٢ ص ٥٤ .
- (٤) المبسوط ج ١ ص ٨٣ ، شرح الازهار ج ١ ص ٥٧٤ .
- (٥) الماوردي ص ١٥٤ ، ابو يعلى ص ١٥٣ .
- (٦) الدر المختار ورد المختار ج ٣ ص ٣٦٤ - ٣٦٥ .
- (٧) ابو يعلى الحنبلي ص ١٥٢ : وان جعله ، أي الخراج ، مقاسمة كان معتبرا بكمال الزرع وتصفيته . الماوردي ص ١٤٤ .

— ١٦٧ —

بتقصير من صاحبها ، او بقصد الاضرار ببيت المال ، حفظا لمصلحة بيت المال وحثا لصاحب الارض على العمل واستغلال الارض . ويقدر الخراج على ضوء ما كانت تغله الارض في السنة السابقة لتعطيلها .

١٤٨ - عجز صاحب الارض عن استغلال ارضه :

عند الحنفية اذا عجز صاحب الارض عن زراعة ارضه واستغلالها لعدم قوته وقدرته ، فللامام ان يدفعها لغيره مزارعة ، ويأخذ الخراج من نصيب صاحب الارض ويمسك الباقي له . وان شاء الامام آجرها واخذ الخراج من الاجرة ، وان شاء زرعها بمال بيت المال . فان لم يتمكن من ذلك باعها واخذ الخراج من ثمنها ^(١) . وعن ابي يوسف يدفع للعاجر كفايته من بيت المال قرضا ليعمل ويستغل ارضه ^(٢) .

وعند الشافعية والحنابلة يؤمر صاحب الارض بايجارها او رفع يده عنها ولا تترك بيده خرابا وان دفع خراجها لثلا تصير بالخراب مواتا ^(٣) .

وارى ان اقوال الفقهاء كلها سائغة ، وللامام ان يتخير منها ما هو الاصلح .

١٤٩ - البناء في ارض الخراج :

يجوز لصاحب الارض الخراجية البناء في ارضه ، الا ان الخراج لا يسقط عن ارض البناء . وهذا عند الحنابلة ، في ظاهر كلام احمد بن حنبل ، والشافعية . واختار الامام الماوردي ^(٤) . عدم وجوب الخراج على ارض الابنية الضرورية ^(٥) . وما اختاره الماوردي هو الراجح

(١) فتح القدير ج٤ ص ٣٦٣ ، رد المحتار ج٣ ص ٣٦٤ .

(٢) رد المحتار ج٣ ص ٣٦٤ .

(٣) الماوردي ص ١٤٧ ، ابو يعلى الحنبلي ص ١٥٦ .

(٤) الماوردي هو قاضي القضاة ابو الحسن بن الحبيب الماوردي البصري الشافعي ، تفقه على ابي القاسم القشيري . وله مصنفات كثيرة ، منها الاحكام السلطانية . مات ببغداد سنة ٤٥٠ هـ : طبقات الشافعية ص ٥١ - ٥٢ .

(٥) الماوردي ص ١٤٦ ، ابو يعلى الحنبلي ص ١٥٤ - ١٥٥ .

ويؤيده ما نقل عن عمر بن الخطاب انه جعل الخراج على الارض التسي
تستغل بالزراعة ولم يجعله على مساكن اهل الذمة^(١) . ولا شك ان
مساكنهم من الابنية الضرورية ويقاس عليها كل بناء ضروري لاستغلال
الارض بالزراعة .

١٥٠ - عمارة أرض الخراج :

ارض الخراج ينتفع بها اصحابها وبيت المال . فمن المصلحة
ابقاؤها عامرة . وقد نص الفقهاء على ان بيت المال يتحمل نفقات حفر
الانهار القديمة واجراء الماء فيها حتى تعم الارض ويحسن استغلالها
ولا تهجر^(٢) . ويقاس على حفر الانهار بناء القناطر واقامة السدود
لوقاية الاراضي من الفيضان وتنظيم وسائل الري ، ونحو ذلك .

١٥١ - كم مرة يجب الخراج في السنة ؟

عند الحنفية لا يؤخذ خراج الارض في السنة الا مرة واحدة حتى
ولو استغلها صاحبها في السنة مرارا . لان عمر بن الخطاب لم يأخذ
الخراج من اهل الذمة الا مرة واحدة في السنة ، ولان ريع عامة الاراضي
لا يكون في السنة - غالبا - الا مرة واحدة ، والحكم يبنى على العام
الغالب^(٣) . وهذا اذا كان الخراج خراج وظيفة . اما اذا كان الخراج
خراج مقاسمة فانه يتكرر بتكرر خروج الخارج ، لانه يتعلق بالخارج
حقيقة كالعشر^(٤) .

والظاهر ان مذهب الشافعية والحنابلة كمذهب الحنفية^(٥) .

(١) الاموال لابن عبيد ص ٧٢ .

(٢) الخراج لابن يوسف ص ١١١ .

(٣) المبسوط ج ١٠ ص ٨٢ .

(٤) الدر المختار ورد المختار ج ٣ ص ٣٦٥ .

(٥) الماوردي ص ١٤٤ : « وان جعله - اي الخراج - مقاسمة كان معتبرا
بكامل الزرع وتصفيته » . ومثل هذا القول جاء في كتاب الاحكام
السلطانية لابن يعلى الحنبلي ص ١٥٢ .

١٥٢ - هل يسقط الخراج باسلام صاحب الارض ؟

عند الاحناف والزيدية ، لا يسقط الخراج باسلام صاحب الارض . وقال الامام مالك يسقط الخراج ، لانه اعتبر خراج الارض بخراج الرأس ، أي الجزية . فكما لا يجبر على المسلم ، بعد اسلامه ، خراج الرأس ، فكذلك لا يجب عليه خراج الارض . ولكن الاحناف يقولون ان الخراج مؤونة الارض النامية ، كالعشر ، والمسلم من اهل الالتزام بالمؤونة ، فيبقى الخراج بعد اسلام الذمي . لانه بعد اسلام الشخص لا تخلو ارضه من مؤونة ، فابقاء ما تقرر اولاً - وهو الخراج - أولى . ولا يكره للمسلم دفع الخراج ، فقد كان لعبد الله بن مسعود والحسن وغيرهما ارضون في سواد العراق يدفعون عنها الخراج^(١) .

والراجع قول الاحناف ، فليس الخراج كالجزية ولا يصح قياسه عليها ، لان الخراج في الحقيقة ضريبة مالية تتعلق بالارض التي فتحت عنوة وآثر الامام تركها بيد اهلها على ان يدفعوا عنها هذه الضريبة بدلا عن استغلالهم لها واتقاعهم بها ، فهي كأجرة الارض ، فتجب على كل من تكون هذه الارض بيده بغض النظر عن ديانته . يؤيد ذلك ما روى ان رجلا قال لعمر بن الخطاب : اني اسلمت فضع عن ارضي الخراج . فلم يقبل عمر بن الخطاب وقال له : ان ارضك اخذت عنوة^(٢) . وعن علي بن ابي طالب مثل ذلك ، فقد روى عنه انه لم يسقط الخراج عن ارض اسلم صاحبها^(٣) .

١٥٣ - كلمة تقديرية عن نظام الخراج :

الخراج ، كما عرفنا ، ضريبة مالية على الاراضي الزراعية التي تركت

(١) المبسوط ج ١٠ ص ٨٣ ، شرح الازهار ج ١ ص ٥٧٥ .

(٢) الخراج للامام يحيى بن آدم ص ١٦٧ .

(٣) الخراج ليحيى بن آدم ص ٦١ : اسلم دهقان من اهل السواد في عهد علي عليه السلام . فقال علي : ان انت اقميت في ارضك رفعت الجزية عن راسك واخذنا من ارضك . وان تحولت عنها فنحن احق بها . وانظر الاموال لابي عبيد ص ٨٧ .

بايدى اهلها في البلاد التي فتحها المسلمون . وقد توافر في هذه الضريبة القواعد الاساسية في الضرائب التي يسترشد بها العلماء عند تشريع الضرائب في الوقت الحاضر . وهذه القواعد هي : العدالة ، واليقين ، والرفق ، والاقتصاد^(١) . وتكلم عن كل واحدة منها بايجاز .

اولا - قاعدة العدالة :

وهذه القاعدة لوحظت في التشريع المالي الاسلامي وطبقت في الضرائب الاسلامية تطبيقا دقيقا ، لان الاسلام هو دين العدل والعدالة . فمعر بن الخطاب وهو اول من وضع ضريبة الخراج ، وضعها على اساس طاقة الارض ، واكد على عماله ان يجعلوا مقدارها متناسبا مع هذه الطاقة . ومحاورته مع حذيفة بن اليمان وعثمان بن حنيف ، وكان قد ارسلهما الى سواد العراق لمسح اراضيهم ووضع الخراج عليه ، كشفت لنا هذه المحاوره عن عظيم اهتمام عمر بتطبيق العدالة في فرض الضريبة الخراجية . فقد سألهما عما اذا كان قد وضعها على الارض اكثر مسا تطبيق ، فأجابا بالنفي ، واخبراه بان طاقة الارض تتحمل اكثر مسا فرض عليها . فأقرهما عمر على ما فعلا . فدل هذا الخبر على مدى تسك عمر وعماله بالعدل عند فرض الخراج ، وكان بمقدورهم ان يضعوا ما يشاؤون من ضريبة على تلك الارض المفتوحة ، اذ ييدهم القسوة والسلطان ، ولكنهم لم يفعلوا ولم يرهقوا أهل تلك البلاد ، بل عاملوهم بقتضى العدل والانصاف .

وتظهر قاعدة العدالة ايضا ، فيما قرره الفقهاء من ان خراج الوظيفة ، يجب بالتسكن من الانتفاع بالارض ، فاذا تعذر الانتفاع فلا يجب الخراج . وان خراج المقاسة يجب بوجود الزرع حقيقة فان لم يوجد فلا يجب الخراج . واذا لم تخرج الارض الا بقدر ما يكفي الخراج ، فلا يؤخذ الخراج كله وانما ينقص الى النصف . وفي هذا يقول الامام الكاساني في بدائعه : « وان اخرجت ارض الخراج قدر

(١) علم المالية العامة للدكتور عبد الحكيم الرفاعي ص ٢٣ - ٢٥ .

الخراج لا غير ، يؤخذ نصف الخراج » ^(١) .
 واذا هلك الزرع بأفة سماوية فان الخراج يسقط في هذه الحالة
 لانه كما يقول السرخسي في مبسوطه : « مصاب فيستحق المعونة ، ولانه
 ظهر انه لم يتمكن من استغلال الارض » ^(٢) . وهذا من اروع مظاهر
 العدالة التي التزمها الفقهاء في تشريع الخراج وجبايته من اهل الذمة .
 ولم يكثف الفقهاء بتحقيق العدالة في الخراج بما وضعوه من
 قواعد بل اكدوا على ولي الامر الا يتغسف في جباية الخراج وان يراقب
 عماله حتى لا يأخذوا من اصحاب الارض اكثر من المقدار المعين ^(٣) .
 وهذه التفاتة طيبة من الفقهاء ، لان القانون الصالح لا يؤدي غرضه ولا
 يتحقق النفع به الا اذا طبق تطبيقا سليما من قبل اناس صالحين ، ولهذا
 نجد الامام ابا يوسف يؤكد الوصية على الخليفة هارون الرشيد
 بضرورة مراقبة عمال الخراج فيوصيه بان يرسل خلف عماله « قوما
 من اهل الصلاح والعفاف ممن يوثق بدينهم ، يسألون عن سيرة العمال
 وكيف جبوا الخراج » ^(٤) . ثم يؤكد عليه ابو يوسف ضرورة الاخذ
 بسقنض العدل وترك الظلم ، لان في العدل زيادة الخراج وعمارة البلاد
 فيقول له : « ان العدل وانصاف المظلوم وتجنب الظلم مع مافي ذلك من
 الاجر يزيد به الخراج وتكثر به عمارة البلاد . والبركة مع العدل تكون
 وهي تفقد مع الجور . والخراج المأخوذ مع الجور تنقص البلاد به
 وتخرّب » ^(٥) .

ثانيا - قاعدة الوضوح أو اليقين :

ومعناها ان الضريبة التي يلزم الفرد بادائها يجب ان تكون واضحة

- (١) الكاساني ج ٢ ص ٦٣ .
- (٢) المبسوط ج ١ ص ٨٣ . وانظر ايضا شرح الازهار فقد جاء فيه ج ١
 ص ٥٧٤ : فان اصابها شيء من ذلك فاتلف الثمر سقط الخراج فان
 اصطلح بعض الزرع سقط بحصته .
- (٣) الخراج لابي يوسف ص ١٠٩ .
- (٤) الخراج لابي يوسف ص ١١١ .
- (٥) المرجع السابق .

- ١٧٢ -

لاغموض فيها ولا ابهام فيكون مقدارها محددًا معلوما لدى المكلف وكذلك موعد دفعها . والغرض من هذه القاعدة واضح مفهوم ، لان المكلف ، بهذا الوضوح ، يكون على بينة من امره فيعرف مايجب عليه فلا يستطيع الجبابة استغلال جهله وأخذ أكثر من المستحق عليه . وضريبة الخراج لوحظ فيها ماتقتضيه هذه القاعدة ، فمقدارها معلوم اذ هو اما بالنسبة الى مساحة الارض ، واما بنسبة معينة من الخراج اذا كان الخراج خراج مقاسمة . وفي كلا النوعين يكون مقدار الخراج واضحا بينا . ودفع الخراج يكون في السنة مرة واحدة ان كان خراج وظيفية ، وكلما خرج الزرع ان كان خراج مقاسمة .

ثالثا - قاعدة الرفق :

ومعناها ان الضريبة يجب ان تجبى في الاوقات الملائمة التي لا ترهق المكلف . وهذا المعنى ملاحظ في ضريبة الخراج ، فهي لا تجبى الا وقت ظهور الزرع وحلول وقت حصاده . ولما كتب عمرو بن الخطاب الى عمرو بن العاص يلومه على تأخر جباية الخراج أجابه عمرو بن العاص بكتاب جاء فيه : « ان اهل الارض استنظروني الى ان تدرك غلتهم فنظرت وكان الرفق بهم خيرا » ^(١) . وقد نص الزيدية على هذا المعنى فقالوا : « ولا يؤخذ خراج ارض حتى تدرك غلتها ، أي حتى يدرك الحصاد ، خيفة ان تضرب بأففة سماوية توجب رد المأخوذ منه » ^(٢) .

رابعا - قاعدة الاقتصاد :

وهذه القاعدة تفيد ان جباية الضريبة يجب أن تنظم على نحو تكون نفقات جبايتها قليلة ، ويكون الفرق بين ما يخرج من المكلف وبين مايدخل الخزانة العامة اقل ما يمكن . ومن الاصول المخالفة لهذه القاعدة بيع الدولة الضرائب لقاء ثمن يدفعه الراغب في شرائها وجبايتها ،

(١) كتاب مصر في عهد الاسلام تأليف محمود عكوش ، مطبعة دار الكتب العربية سنة ١٩٤١ في القاهرة ، ص ١٠ .
(٢) شرح الازهار ج ١ ص ٥٧٤ .

— ١٧٣ —

كما في جباية رسوم البلديات في بعض الدول الشرقية^(١)، وهذا ما عرف في الماضي بنظام التقبل . وهو نظام سقيم يرهق اصحاب الارض ويلحق الضرر بيت المال ، وقد أشار الى هذا الامام ابو يوسف، فقال وهو يخاطب الخليفة هارون الرشيد : « ورأيت ان لا تقبل شيئا من السواد ولا غير السواد من البلاد ، فان المتقبل اذا كان في قبالة فضل عن الخراج عسف اهل الخراج وحمل عليهم ما لا يجب عليهم وظلمهم واخذهم بما يجحف بهم ليسلم مما دخل فيه ، وفي ذلك وامثاله خراب البلاد وهلاك الرعية . والمتقبل لا يبالي بهلاكهم بصلاح امره في قبالة . وانما اكره القبالة لاني لا آمن ان يحمل هذا المتقبل على اهل الخراج ما ليس يجب عليهم فيعاملهم بما وصفت لك فيضر ذلك بهم فيخرّب ما عبروا ويدعوه فينكسر الخراج . وليس يبقى على الفساد شيء ولن يقع مع الصلاح شيء »^(٢) . فنظام التقبل ، يناقض قاعدة الاقتصاد لان الداخل الى بيت المال ، بهذا النظام ، اقل مما لو تولى جباية الخراج عمال الدولة انفسهم . فضلا عما في التقبل من ارهاق اصحاب الارض وظلمهم كما قال ابو يوسف .

١٥٤ - ما عليه العمل في الوقت الحاضر :

في الجمهورية العربية المتحدة ينظم ضريبة الاطيان - الاراضي الزراعية - القانون رقم ١١٣ لسنة ١٩٣٩ وتعديلاته . وفي العراق ينظم هذه الضريبة القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦١ المسمى بقانون ضريبة الارض الزراعية ، والنظام الصادر بموجبه المرقم ١٦ لسنة ١٩٦١ . وبموجب هذين القانونين ، تفرض ضريبة على الاراضي الزراعية الصالحة للزراعة سواء زرعت او لم تزرع^(٣) . وهذا الحكم هو ما قرره الفقهاء في خراج الوظيفة ، اذ يجب بالتمكن من الانتفاع بالارض

(١) موجز علم المالية للدكتور سعدي بسيسو ص ١٦٦ .

(٢) الخراج لأبي يوسف ص ١٠٥ .

(٣) المادة الثانية من القانون العراقي . والمادة الاولى من القانون العربي .

الزراعية ولا يشترط الانتفاع الفعلي بها كما رأينا .
ومقدار الضريبة في الجمهورية العربية المتحدة بنسبة ١٤٪ من
الايجار السنوي للأرض^(١) . ويبقى هذا الايجار معمولاً به لمدة عشر
سنوات^(٢) . اما في العراق . فتقدر الضريبة بنسب معينة من قيمة
حاصلاتها الزراعية ، وهذه النسب هي ١٠٪ في الاراضي التي تسقى
سيحاً وبانتظام ، و ٧٪ في اراضي السيج غير المنتظم ، و ٥٪ في اراضي
الستقي بالواسطة و اراضي الديم^(٣) . وتقدر قيمة الحاصلات بناء على
تقدير معدل انتاج الوحدة القياسية من تلك الارض ومعدل الاسعار
لما تنتجه ، ويبقى هذا التقدير ساري المفعول لمدة ثلاث سنوات^(٤) .
وتستوفي الضريبة بالنسب المذكور بعد خصم خمسة عشر ديناراً
منها^(٥) . والواقع ان تقدير الضريبة ، على النحو الذي ذكره القانونان
العراقي والعربي ، لا يخالف ما قرره الفقهاء في ضريبة الخراج ، لان
الخراج يلاحظ في تقديره طاقة الارض ، فأى اسلوب يوصلنا الى
الى معرفة طاقة الارض وتحديد الضريبة بالنظر الى هذه الطاقة فهو
اسلوب جائز . ولا شك ان واضعي القانونين لاحظوا طاقة الارض
ورأوا ان هذه النسب ملائمة لا ارهاق فيها على المكلف . ونص
القانونان على ان الضريبة ترفع عن الارض اذا اصبحت غير صالحة
للزراعة بسبب النز او السبخ او نضوب مياه العيون او تراكم الرمال
عليها او طغيان مياه الانهار لو تسلط مياه المصارف عليها الخ^(٦) .
وهذا الحكم يتفق وما قرره الفقهاء بشأن سقوط الخراج عند تعذر
زراعة الارض والانتفاع بها .

- (١) المادة الثالثة من القانون العربي .
- (٢) المادة الثانية من القانون العربي .
- (٣) الفقرة الاولى من المادة الثانية من القانون العراقي .
- (٤) الفقرة الرابعة من المادة الحادية عشرة من القانون العراقي .
- (٥) الفقرة الثالثة من المادة الحادية عشرة من القانون العراقي .
- (٦) المادة العاشرة من القانون العربي . والفقرة الاولى من المادة الثالثة
من القانون العراقي .

ونص القانونان على وجوب الكشف على الارض التي رفعت عنها الضريبة في كل سنة للتأكد من بقاء أو زوال الاسباب التي دعت الى رفع الضريبة . فاذا زالت الاسباب وعادت الارض الى سابق عهدها صالحة للزراعة عادت الضريبة عليها اعتبارا من اول السنة المالية التالية للسنة التي زالت فيها هذه الاسباب^(١) . وهذا الحكم وان لم يصرح به الفقهاء في باب الخراج الا انه يقتضيه قولهم : ان الخراج يجب بالتسكن من الانتفاع فاذا تعذر الانتفاع سقط الخراج . لان سقوط الخراج في هذه الحالة لمانع هو عدم التسكن من الانتفاع ، فاذا زال المانع عاد الممنوع . ونص القانون العراقي على ان الارض اذا لم تنبت ، او هلك الزرع كلا او جزء وكان ذلك بسبب كارثة طبيعية او حادثة قاهرة لم تنشأ عن افعال المكلف او تقصيره كأنجاس المطر او انقطاع الماء او سقوط البرد او هبوب العواصف او انغماس الارض بالمياه او تفشي الجراد أو أي وباء زراعي ، فان الضريبة في هذه الاحوال تسقط كلها او يسقط جزء منها بنسبة الضرر الذي وقع^(٢) . وهذا الذي نص عليه القانون العراقي يتفق مع ما ذكره الفقهاء من سقوط الخراج عند هلاك الزرع ، او سقوط جزء من الخراج عند الهلاك الجزئي ، ففي شرح الازهار : « . . . فان اصابها شيء من ذلك فاتفق الشر سقط الخراج . فان اصطلم بعض الزرع سقط بحصته من الخراج »^(٣) . ونص القانون العراقي على ان استيفاء الضريبة يكون نقدا او عينا حسبما تقرره الحكومة^(٤) . وهذا الحكم يبائل خراج المقاسمة اذا كان استيفاء الضريبة عينا ، ويبائل خراج الوظيفة اذا كانت الضريبة تستوفي نقدا . والخلاصة فان ماجاء به القانونان العراقي

(١) الفقرة الثانية من المادة السادسة من القانون العراقي ، والمادة الثالثة عشرة من القانون العربي .

(٢) المادة السابعة من القانون العراقي .

(٣) شرح الازهار ج ١ ص ٥٧٤ .

(٤) المادة الثالثة عشرة من القانون العراقي .

والعربي من احكام في ضريبة الارض الزراعية ، يماثل احكام الخراج في الفقه الاسلامي ، فالاساس واحد وهو تقدير الضريبة بما يناسب طاقة الارض ، وان الضريبة تجب بالتمكن من زراعة الارض لا بزراعتها فعلا ، وان تعذر زراعة الارض مسقط للضريبة كما هو مسقط للخراج في الفقه الاسلامي •

لِبَحْثِ الثَّالِثِ

العشور - أي الضرائب التجارية

١٥٥ - يخضع الذميون والمستأمنون لضريبة تجارية تفرض على اموالهم المعدة للتجارة • وهي بالنسبة الى الذمي تفرض على ما ينتقل به من اموال تجارية من بلد الى بلد داخل دار الاسلام ، ومقدارها نصف العشر • وهي بالنسبة للمستأمن تفرض على ما يدخل به من مال للتجارة الى دار الاسلامي ، ومقدارها عشر ما يدخل به من مال ، كقاعدة عامة ، وان كان من الجائز ان يكون المقدار اقل او اكثر من العشر بناء على قاعدة المعاملة بالمثل كما سنذكره فيما بعد •

والمسلمون يخضعون ايضا لهذه الضريبة اذا ما انتقلوا بأموالهم التجارية من بلد الى اخر داخل اقليم الدولة الاسلامية ، ومقدارها بالنسبة اليهم نصف العشر ، لان المأخوذ منهم باسم هذه الضريبة يعتبر زكاة وهذا هو نصاب الزكاة •

ووعاء هذه الضريبة جميع عروض التجارة من ثياب وحيوان وحبوب ونحو ذلك • وكذلك الذهب والفضة نقودا كانت او معدنا (١) •

(١) الخراج لابي يوسف ص ١٣٣ ، ١٣٤ •

ويستوفي هذه الضريبة عمال الدولة المعينون لهذا الغرض والقائسون في ثغور الدولة الاسلامية وعلى طرق المواصلات خارج المدن . وقد سمي استيفاء هذه الضريبة بالتعشير ، وسى العامل القائم بجبايتها بالعاشر ، لان ما يستوفيه من ضريبة مداره على العشر ^(١) .

١٥٦ - دليل شرعية هذه الضرائب :

قال الحنفية ان دليل شرعيتها السنة والاجماع . اما السنة فان عمر بن الخطاب بعث انس بن مالك لجباية العشور فقال انس : « يا أمير المؤمنين تقلدني المكس ؟ فقال له عمر : قلدتك ماقلدني رسول الله (ص) قلدني ابحور العشور وامرني ان آخذ من المسلم ربع العشر ومن الذمي نصف العشر ومن الحربي العشر » ^(٢) . والحق ان هذا الاثر لم يذكره اهل الحديث مرفوعا الى النبي صلى الله عليه وسلم ، واننا ذكرناه عن عمر كما في الاموال لابي عبيد ^(٣) .

واما الاجماع فان عمر بن الخطاب نصب العشار وقال لهم : خذوا من المسلم ربع العشر ومن الذمي نصف العشر ومن الحربي العشر وكان ذلك بحضور من الصحابة ولم ينقل انه انكر عليه احد منهم فكان اجماعا ^(٤) .

-
- (١) شرح السير الكبير ج٤ ص ٢٨٢ .
 (٢) المبسوط ج٢ ص ١٩٩ : شرح السير الكبير ج٤ ص ٢٨٢ . شرح الكنتر للزيلعي ج١ ص ٢٨٢ .
 (٣) الاموال لابي عبيد ص ٥٣٣ : عن زيادة بن حدير قال : « استعلمني عمر على العشور فأمرني ان آخذ من تجار اهل الحرب العشر ومن تجار اهل الذمة نصف العشر ومن تجار المسلمين ربع العشر » . وبهذا المعنى روى البيهقي عن عمر بن الخطاب : نيل الاوطار ج٨ ص ٦٣ .
 (٤) الكاساني ج٢ ص ٣٥ ، المغني ج٨ ص ٥١٨ .
 والاجماع المذكور اجماع سكوتي . وقد ذكرنا اقوال العلماء في حجية هذا الاجماع ، انظر هامش (١) ص ١٠٤ من هذه الرسالة .

ولما كانت هذه الضرائب تشمل الذمين والمستأمنين ، وكلامنا عنهم ، فإنا سنتكلم عن هذه الضرائب بالنسبة الى الذمين في المطلب الاول من هذا البحث ، ثم نتكلم عنها بالنسبة الى المستأمنين في المطلب الثاني ، ثم نختم هذا البحث بكلمة تقديرية عن نظام الضرائب التجارية مع بيان ما عليه العمل الان في المطلب الثالث •

المطلب الأول

الضرائب التجارية بالنسبة الى الذمين

١٥٧ — قلنا ان الذمين يخضعون لما يسميه الفقهاء بالتعشير • فتستوفى منهم ضرائب على اموالهم التجارية • ويشترط في المال الخاضع لهذه الضريبة ان يكون معدا للتجارة وان يبلغ نصابا • اما كونه معدا للتجارة فهذا ما صرح به الاحناف والحنابلة والزيدية والمالكية^(١) ، ويؤيد هذا الشرط الاثار المروية عن عمر بن الخطاب ، فكلها تدل على ان المال الخاضع لهذه الضريبة هو مال التجارة دون غيره^(٢) •

(١) المفني ج ٨ ص ٥١٩ ، الخراج لابي يوسف ص ١٣٣ — ١٣٤ ، الاموال لابي عبيد ص ٥٣٥ ، شرح الازهار ج ١ ص ٥٧٧ •
(٢) جاء في الخراج لابي يوسف ص ١٣٥ : « ان عمر بن الخطاب كتب لانس بن مالك ، وقد بعثه على العشور ، ان يأخذ من المسلمين فيما اختلفوا فيه لتجارته ربع العشر ، ومن اهل الذمة نصف العشر : ومن اهل الحرب العشر » • وانظر ايضا الاموال لابي عبيد ص ٥٣٣ ، ٥٣٤ •

اما شرط النصاب ، فيراد به نصاب الزكاة ^(١) ، وهذا ما صرح به الاحناف والزيدية ^(٢) . لان هذه الضريبة تجبى باسم الزكاة وعلى شرائطها وان لم تكن في الحقيقة زكاة ، فوجب ان يكون المال نصابا ، فاذا كان اقل من ذلك لم يؤخذ منه شيء ^(٣) .

اما عند الحنابلة ، فقد اختلفت الرواية عن احمد ، فروى صالح بن احمد ان النصاب عشرون ديناراً وما قل عنه فلا ضريبة عليه . كما روى عنه ان النصاب عشرة دنانير فيؤخذ منها نصف دينار . وقال بعض الحنابلة لا يشترط نصاب معين للمال ، فيؤخذ نصف العشر من قليل المال وكثيره ^(٤) . والذي نص عليه فقهاؤهم المتأخرون هو ان النصاب عشرة دنانير ^(٥) . وهذا قول سفيان الثوري وعمر بن عبد العزيز ^(٦) . واما مالك ، فليس النصاب عنده بشرط ، فتجب الضريبة على قليل المال او كثيره ، وحيث ان هذه الضريبة ليست زكاة حتى يشترط لها نصاب الزكاة ، وانما هي كالجزية المضروبة على الرؤوس ، وهذه

(١) نصاب الزكاة يختلف باختلاف المال . ففي الابل . شاة في كل خمس من الابل . وفي العشر شاتان . وفي الفهم . اذا بلغت اربعين ففيها شاة الى مائة وعشرين شاة . فاذا زادت واحدة ففيها شاتان . . الخ . ونصاب الفضة مائتا درهم وفيها خمسة دراهم . ونصاب الذهب عشرون مثقال وفيه نصف مثقال وما زاد على النصاب فبحسابه . وعروض التجارة . وهي جمع عرس ، والعرض غير الاثمان من المال على اختلاف انواعه من الثياب والحيوان والعقار ونحو ذلك ، تقوم هذه العروض وتخرج الزكاة من قيمتها اذا بلغت القيمة نصاباً : المفني ج ٢ ص ٥٧٧ وما بعدها ، ج ٣ ص ١ وما بعدها .

(٢) شرح السير الكبير ج ٤ ص ٢٨٤ ، شرح الازهار ج ١ ص ٥٧٧ .

(٣) الخراج لابي يوسف ص ١٣٣ .

(٤) المفني ج ٨ ص ٥١٩ .

(٥) كشف القناع ج ١ ص ٧٢٨ : ولا يؤخذ العشر ولا نصفه من اقل من عشرة دنانير فيما اذا اتجر الحربي أو الذمي ، نص عليه . لانه مال يجب فيه حق بالشرع فاعتبر له النصاب كالزكاة . وخص العشرة لان ذلك المأخوذ مال يبلغ واجبه نصف دينار فوجب اعتباره كالعشرين في حق المسلم .

(٦) الاموال لابي عبيد ص ٥٣٥ : ٥٣٧ .

لا يشترط لها نصاب بل تجب على الغني والفقير من اهل الذمة على قدر الطاقة ، فكذلك هذه الضريبة تجب على اموالهم التجارية بغض النظر عن مقدارها (١) .

والراجح ، عندي ، قول مشرطى نصاب الزكاة ، لان مادون هذا المقدار قليل ، والقليل يجب ان يكون عفوا . ولان الاصل في الذمي مساواته مع المسلم الا اذا قام الدليل على خلاف ذلك .

١٥٨ - ولا ضريبة على الذمي في امواله في داخل البلد وان كانت معدة للتجارة وان بلغت نصابا . لان المنصوص عليه عند الفقهاء ان هذه الضريبة لا تجب على الذمي في امواله الا اذا انتقل بها من بلد الى آخر ، وفي هذا يقول ابو يوسف : « وما لم يكن من مال للتجارة ومروا به على العاشر فليس يؤخذ منه شيء » (٢) . والمقصود بالمرور العاشر انتقال الذمي بأمواله التجارية من بلد الى آخر فيمر بجباة هذه الضريبة في نقط المرور على طرق المواصلات خارج المدن فيستوفون منه هذه الضريبة . وانما ينصب هؤلاء الجباة في خارج المدن لترصد الاموال التجارية عند نقلها من بلد الى آخر ، وحمايتها من اللصوص كما قال الاحناف (٣) . وفي المغني لابن قدامة الحنبلي « ومن يجز من اهل الذمة الى غير بلده اخذ منه نصف العشر في السنة » (٤) . ومثل هذا قال الزيدية (٥) . وعند المالكية تؤخذ هذه الضريبة من الذمي ، اذا قدم بباله الى غير بلده ، ومعنى ذلك انها تؤخذ منه في البلد الذي ينتقل اليه ، لا في خارجه . وقال بعض المالكية تؤخذ الضريبة منه بمجرد دخوله البلد . واشترط البعض الاخر ان يبيع بضاعته في البلد

(١) الاموال لابن عبيد ص ٥٣٥ - ٥٣٦ .

(٢) الخراج لابن يوسف ص ١٣٣ .

(٣) شرح الكنز للزيلعي ج ١ ص ٢٨٢ ، والكاساني ج ٢ ص ٣٥ - ٣٦ .

(٤) المغني ج ٨ ص ٥١٧ .

(٥) جاء في شرح الازهار ج ١ ص ٥٧٧ : « النوع الثاني : نصف عشر ما يتجرون به من الاموال ، وانما يؤخذ هذا النوع بشروط اربعة : .. الثاني ان يكونوا في تجارتهم منتقلين به من جهة الى جهة ، فلو اتجروا به من دون انتقال فلا شيء فيه ولو كان نصابا .. »

الذي حل فيه ، فيؤخذ منه عشر ثمن ما باعه ، الا اذا كان المال طعاما جلبه الى مكة أو المدينة وما اتصل بهما من القرى فيؤخذ منه نصف العشر^(١).

فالفقهاء ، اذن ، لا يختلفون في ان هذه الضريبة تجب على الذمي في امواله التجارية التي ينتقل بها من بلد الى آخر ، ولا تجب عليه في امواله التي في بلده الذي هو فيه .

وتسأل هنا عن سبب اعفاء الذمي من هذه الضريبة في بلده الذي هو فيه ، ووجوبها عليه بانتقاله بها الى بلد آخر . والجواب هو ما اشار اليه بعض الفقهاء بقولهم ان استحقاق الاخذ بالتعشير انما كان بسبب الحساية ، « وان الجباية بالحساية »^(٢) . ومعنى ذلك ان التاجر المنتقل بأمواله يستفيد من مرافق الدولة ومنها قواتها التي تحصل بها الحساية . الا ان هذا في الحقيقة لا يكفي في التعليل فينبغي ان يقال أيضا انه ينتفع بمرافق الدولة الاخرى كطرق المواصلات والقناطر والجسور ، ويزداد ربحه بسبب تنقله من بلد الى آخر ، والا لما تحول عن بلده ، والدولة قد هيأت له أسباب هذا الربح ، فكان من السائع المقبول ان تشاركه الدولة في شيء من ربحه فتفرض عليه هذه الضريبة . ويؤيد ما قلناه ما جاء في المغني : « ويؤخذ العشر من كل حربي تاجر ، ونصف العشر من كل ذمي تاجر سواء كان ذكرا أو اثنى أو صغيرا أو كبيرا وانما هو حق يختص ببال التجارة لتوسعه في دار الاسلام واتفاعة بالتجارة فيستوي فيه الرجل والمرأة . . »^(٣) . أما امواله التي في بلده ، فهي وان كانت قد تجلب له ربحا الا انه ليس كالربح الذي يحصل عليه بانتقاله من بلده الى بلد آخر . كما انه لا يستفيد من مرافق الدولة وهو في بلده بقدر ما يستفيد من هذه المرافق في تنقله

(١) شرح الزرقاني على مختصر خليل ج٧ ص ١٤٣ .

(٢) الكاساني ج٢ ص ٣٧ ، وشرح الكنز للزيلعي ج١ ص ٢٨٢ ، شرح

الازهار ج١ ص ٥٧٧ .

(٣) المغني ج٨ ص ٥٢٢ .

— ١٨٢ —

داخل دار الاسلام . ولهذا اعفيت امواله التي في بلده من هذه الضريبة . فضلا عن ان الشريعة تلتزم جانب الذمي فتراعيه لئلا يرهق كما رأينا في عدم ايجاب النصرة عليه لدار الاسلام . هذا ما ظهر لي في تعليل ايجاب الضريبة على الذمي فيما ينتقل به من اموال تجارية الى غير بلده ، وعدم ايجابها على امواله التجارية في بلده .

١٥٩ - التفسير يكون مرة واحدة في السنة :

وهذه الضريبة تستوفى مرة واحدة في السنة ، وهذا ما صرح به الاحناف والحنابلة والشافعية والزيدية ^(١) . ويؤيد ما ذهب اليه هؤلاء الفقهاء ان عمر بن الخطاب كتب الى جابي هذه الضريبة يأمره ان لا يأخذها عن المال الا مرة واحدة في السنة ^(٢) . وكذلك فعل عمر بن عبد العزيز ، فكان يأمر جباة ان لا يأخذوا هذه الضريبة الا مرة واحدة في السنة ^(٣) . وعند المالكية تجب هذه الضريبة على الذمي في ماله كلما انتقل به من بلد الى آخر ^(٤) . وقد رد أبو عبيد على مالك بما ذكرناه عن عمر بن الخطاب وعمر بن عبد العزيز من ان المال الواحد لا تؤخذ عنه ضريبة اكثر من مرة واحدة في السنة كالزكاة ^(٥) .

فاذا تم استيفاء الضريبة كتب لهم العاشر « جابي الضريبة » وثيقة بالاداء لتكون بأيديهم مستندا وحجة على الدفع فلا يستوفيها

(١) الفتاوى الهندية ج١ ص ١٨٣ ، شرح السير الكبير ج٤ ص ٢٨٦ ، الكاساني ج٢ ص ٣٧ ، المغني ج٨ ص ٥١٨ ، كشاف القناع ج١ ص ٧٢٨ ، الام للشافعي ج٤ ص ١٩٣ ، شرح الازهار ج١ ص ٥٧٧ - ٥٧٨ .

(٢) الخراج لابي يوسف ص ١٣٦ ، والاموال لابي عبيد ص ٥٣٨ .

(٣) الاموال لابي عبيد ص ٥٢٤ ، ٥٣٨ .

(٤) الزرقاني على مختصر خليل ج٣ ص ١٤٤ ، ومنح الجليل للشيخ عليش ج١ ص ٧٦٠ ، الاموال لابي عبيد ص ٥٣٥ . وقال - اي مالك - ويؤخذ منه - اي الذمي - كلما مر وان مر بماله في السنة مرارا .

(٥) الاموال لابي عبيد ص ٥٣٨ - ٥٣٩ .

منهم عاشر آخر ، وبهذا صرح الخنابلة ^(١) . وكان عمر بن عبد العزيز يأمر عماله به ، فقد كتب الى عامله رزيق بن حيان المكلف باستيفاء هذه الضريبة : « واكتب لهم بما تأخذ كتابا الى مثله من الخول » ^(٢) . وهذه الوثيقة تشبه مستندات تسلم الضرائب في الوقت الحاضر التي يقدمها موظفو الحكومة لمن يجبون منه الضريبة او الرسم .

ولكن اذا كانت هذه الضريبة لا تستوفى عن المال الا مرة واحدة في السنة ، فان هذا الحكم لا يشمل الزيادة عليه ، اذ ان هذه الزيادة تخضع للضريبة كما خضع المال الاصلي لها ، وفي هذا يقول الخنابلة : « .. فلا يعشرهم ثانية ، فان مروا ثانية باكثر من المال الذي اخذ منه . أخذ من الزيادة لانها لم تعشر » ^(٣) .

١٦٠ - مقدار الضريبة :

الآثار المروية عن عمر بن الخطاب تفيد ان مقدار هذه الضريبة هو نصف العشر . فمن هذه الآثار ما رواه أبو عبيد في كتابه الاموال عن زياد بن حدير ، انه قال : « استعملني عمر على العشر فامرني بأن آخذ من تجار أهل الحرب العشر ومن تجار أهل الذمة نصف العشر ومن تجار المسلمين ربع العشر » ^(٤) . ومثل هذا ما رواه أبو يوسف فقال : « حدثنا أبو حنيفة عن القاسم عن أنس بن سيرين عن أنس بن مالك قال : بعثني عمر بن الخطاب رضي الله عنه على العشر وكتب لي عهدا أن آخذ من المسلمين مما اختلفوا فيه لتجاراتهم ربع العشر ، ومن أهل الذمة نصف العشر ومن أهل الحرب العشر » ^(٥) . ومثل هذا

(١) المعنى ج ٩ ص ٥١٩ : فانه من اخذ منهم ذلك مرة كتب لهم حجة بادائها لتكون وثيقة لهم وحجة على من يمرون عليه فلا يعشرهم ثانية .

(٢) الخراج لابي يوسف ص ١٣٦ - ١٣٧ ، الاموال لابي عبيد ص ٥٣٤ .

(٣) المغني ج ٨ ص ٥١٩ .

(٤) الاموال لابي عبيد ص ٥٣٣ .

(٥) الخراج لابي يوسف ص ١٣٥ .

ايضا روي عن عمر بن عبد العزيز ^(١) . وبهذا صرح الفقهاء من الحنفية والحنابلة والزيدية والشافعية ^(٢) ، وهو المنقول عن مالك كما ذكر أبو عبيد في كتابه الاموال ^(٣) . ولكن أصحاب مالك قالوا يؤخذ منه العشر الا اذا حل طعاما الى الحجاز فيؤخذ منه نصف العشر ^(٤) . ولا نعرف لقولهم هذا وجها ، والآثار خلافه ، الا أن يقال انهم تزلوا الذمي منزلة المستأمن في هذه الضريبة . ولكن قول الجمهور هو الذي ينبغي المصير اليه لعلم عمر بن الخطاب به دون انكار من أحد .

١٦١ - تعليل الحنفية جعل ضريبة الذمي ضعف ضريبة المسلم :

وعلى الحنفية تضعيف المأخوذ من الذمي بالنسبة الى المسلم بأن « هذا حق يؤخذ من المسلم ويؤخذ من الكافر فوجب أن يؤخذ منه ضعف ما يؤخذ من المسلمين كما في النصراني من بني تغلب فانه يؤخذ منه الصدقة مضاعفة » ^(٥) . وعلمه الامام ابن عابدين بأن « المأخوذ منا زكاة حقيقة ، والمأخوذ منهم كالجزية حتى يصرف الى مصارفها ، لا زكاة » ^(٦) . وقال صاحب شرح العناية على الهداية : « وانما ثبت

(١) الخراج لابي يوسف ص ١٣٧ ، الاموال لابي عبيد ص ٥٣٤ .
(٢) الكاساني ج ٢ ص ٣٨ - ٣٩ ، الخراج لابي يوسف ص ١٣٣ ، شرح السير الكبير ج ٤ ص ٢٨١ - ٢٨٢ ، الهداية ج ١ ص ٥٣٣ ، شرح الارهار ج ١ ص ٥٧٧ - ٥٧٨ ، المغني ج ٨ ص ٥١٧ ، الام للشافعي ج ٤ ص ١٩٤ ، نيل الاوطار ج ٨ ص ٦٣ ، الخراج ليحيى بن آدم ص ٦٨ .
(٣) الاموال لابي عبيد ص ٥٣٥ : واما مالك . . قال : اذا مر الذمي بالمال على العاشر بتجارة أخذ منه نصف العشر .

(٤) شرح الزرقاني على مختصر خليل ج ٣ ص ١٤٣ - ١٤٤ : « والحكم انه يؤخذ منهم العشر اذا قدموا لنا . ثم وجوب العشر فيما مر ان لم يحملوا الطعام لمكة أو المدينة أو القرى المتصلة بهما والا . فنصفه فقط . . والحربي المؤمن في العشر ونصفه كالذمي » . وفي منح الجليل للشيخ عليش ج ١ ص ٧٦٠ : يؤخذ من الذميين المنتقلين من افق لآخر للتجارة عشر الثمن ان باعوا عند ابن القاسم ، وقال ابن حبيب عشر ما قدموا به بمجرد وصولهم . . ووجوب العشر في غير حملهم الطعام لمكة والمدينة وما اتصل بهما من القرى وفيه يؤخذ منهم نصف العشر . والحربي المؤمن في العشر ونصفه كالذمي .

(٥) شرح السير الكبير ج ١ ص ٢٨٢ .

(٦) رد المحتار ج ٢ ص ٥٤ .

ولاية الأخذ للعاشر لحاجته - أي التاجر - الى الحماية ، وحاجة
الذمي الى الحماية أكثر لأن طمع اللصوص في أموال أهل الذمة أوفر ،
فيؤخذ منه ضعف ما يؤخذ من المسلم كما في صدقات بني تغلب « (١) » .

١٦٢ - الرد على تعليقات الاحناف :

والحق ان في النفس شيئاً من هذه التعليقات . فأما القياس على
نصارى بني تغلب فان بني تغلب « روعي فيهم ذلك لوقوع الصلح
عليه » كما قال صاحب فتح القدير (٢) . أي ان الصلح وقع بينهم وبين
عر بن الخطاب على أن يؤخذ منهم ضعف ما يؤخذ من المسلمين .
وأما تعليل الامام ابن عابدين بأن المأخوذ منهم كالجزية ، فقد
يقال فيه وهل يقتضي هذا أن يكون المأخوذ منهم ضعف ما يؤخذ من
المسلمين ؟ فضلاً عن أن الجزية مقدرة عند الحنفية .

وأما قول صاحب العناية بأن حاجة الذمي الى الحماية أكثر لطمع
اللصوص في أمواله فيؤخذ منه ضعف ما يؤخذ
من المسلم ، فانه يرد عليه اعتراض وهو أن
أهل الذمة من أهل دار الاسلام ولهم العصمة في أنفسهم وأموالهم ،
وان من واجب الامام حمايتهم كما قال الحنفية أنفسهم ، فهم لا يختلفون
في وجوب الحماية لهم عن المسلم ، ونظيرهم في ذلك الضعفاء والنساء
والصبية . وحتى لو سلمنا أن طمع اللصوص فيهم أكثر فيحتاجون الى
حماية أكثر ، فان الاكثرية لا تقتضي التضعيف اذ قد يكون اجحافا .
فضلاً عن ان من واجبات الامام تطهير الدولة الاسلامية من عبث
المفسدين وتعدي اللصوص واشاعة الامن في البلاد . ثم يقال في قول
صاحب العناية ولمَ وجب على الذمي ضعف ما وجب على المسلم
ولم يكن أكثر أو أقل من ذلك على فرض أن حاجة الذمي الى الحماية
أكثر من حاجة المسلم اليها ؟ .

والراجع عندي في تعليل جعل الضريبة على الذمي ضعف ماعلى

(١) شرح العناية ج ١ ص ٥٣٣ .

(٢) فتح القدير ج ١ ص ٥٣٢ .

المسلم هو ما فعله عمر بن الخطاب دون انكار من الصحابة (١). فهذا هو اساس التضعيف من الاثر . واذا أردنا التعليل من جهة النظر فيمكن ان يقال ان السبب في هذا التضعيف هو ان الذمي لا يؤخذ من امواله شيء سوى ما يؤخذ من امواله التجارية التي ينتقل بها من بلد الى بلد . اما امواله التجارية التي في بلده ، و امواله الباطنة كالذهب والفضة ، وزروعه وسوائمه فلا يؤخذ منها شيء بخلاف المسلم ، اذ يؤخذ منه زكاة هذه الاموال جميعا ، اما ان يأخذها الامام نفسه ، كما في زكاة السوائم والزرع ، واما ان يدفعها المسلم نفسه الى مستحقيها ، كما في امواله الباطنة و امواله التجارية التي في المدينة . وعلى هذا تكون التكاليف المالية على المسلم أكثر منها على الذمي ، فاقضى هذا الامر بتضعيف الضريبة التجارية على الذمي . ولم يمكن جعل ضريبة المسلم كضريبة الذمي لان المأخوذ من المسلم زكاة حقيقية ، وهذا هو مقدارها . فلا يمكن ان يزداد عليه . وقد يقال ان الذمي تؤخذ منه الجزية كما يؤخذ منه خراج أرضه ما يجعل التكاليف المالية المفروضة عليه مساوية لما على المسلم . والجواب ان الخراج لا يختص به الذمي . فقد رأينا ان الذمي اذا اسلم بقي الخراج . وان المسلم اذا كانت تحت يده ارض خراجية لزمه الخراج . اما الجزية فانها وان كانت خاصة بالذمي الا ان مقدارها زهيد جدا ولا تجب على كل ذمي وانما على القادر على حمل السلاح . وتسقط عنه اذا دعى الى الخدمة العسكرية كما بينا ذلك من قبل .

١٦٢ - هل يشترط أخذ الضريبة التجارية من عين المال ؟

لا يشترط اداء الضريبة التجارية من عين المال ، بل يجوز ادائها من قيمة المال . فقد روى ابو يوسف في كتابه الخراج قصة النصراني التغلبي الذي مّر على جابي الضريبة ومعه فرس ، وان الفرس قومت بعشرين ألف درهم ، فقال الجابي اعطني الفرس وخذ مني تسعة عشر (١) فقرة ١٥٦ ص ١٧٧ من هذه الرسالة .

الفا أو امسك الفرس واعطني ألفا ، فأعطاه ألفا وامسك الفرس^(١) .
وهذا يدل على جواز اداء الضريبة التجارية بالتقدي بعد حساب قيسة
المال المفروضة عليه الضريبة ، كما يجوز اداؤها من عين المال . وكل
هذا يراد به التيسير والتسهيل على المكلفين بإداء هذه الضريبة .
١٦٤ - الضريبة على الخمر والخنازير :

عند الحنفية ، في ظاهر الرواية ، تفرض الضريبة التجارية على
الخمر دون الخنازير ، وعند أبي يوسف تفرض على الخنازير
أيضا^(٢) .

أما عند زفر ، فقد اختلف المذكور عنه في كتب الاحناف . ففي
شرح السير الكبير : « وقال زفر رحمه الله تعالى لا يعشر الخمر ولا
الخنازير »^(٣) . وفي الهداية : « وقال زفر رحمه الله يعشرهما
لاستوائهما في المالية »^(٤) .

والراجع عندي ، قول الهداية . أما ما ورد في شرح السير
الكبير فمحمول على الخطأ المطبعي بزيادة كلمة (لا) في الموضعين .
وانما رجعت هذا لانه هو مقتضى قول زفر : « لاستوائهما في المالية
عندهم » . وقد رجعت الى نسخ اخرى من الهداية خطية ومطبوعة
وفيها كلها : « وقال زفر رحمه الله تعالى يعشرهما لاستوائهما في المالية
عندهم »^(٥) .

(١) الخراج لأبي يوسف ص ١٣٥ - ١٣٦ . والخراج ليحيى بن آدم ص ٧٠ .
(٢) الكاساني ج ٢ ص ٣٨ ، الخراج لأبي يوسف ص ١٣٣ الفتاوي الهندية
ج ١ ص ١٨٣ .

(٣) شرح السير الكبير ج ٤ ص ٢٨٧ .

(٤) الهداية ، طبعة بولاق سنة ١٣١٥ هـ ج ١ ص ٥٣٥ .

(٥) من ذلك نسخة خطية من الهداية في مكتبة الأزهر تحت رقم ٢٠٤٧٩ .
فقه حنفي انتهى كاتبها من كتابتها في رمضان سنة ٨٤٩ هـ . ونسخة
خطية أخرى في مكتبة الأزهر تحت رقم ١٤٣٦٤ فقه حنفي انتهى
كاتبها من كتابتها سنة ١٠٥٣ هـ . ونسخة أخرى في مكتبة الأزهر
أيضا تحت رقم ٩٢٤ فقه حنفي انتهى كاتبها منها سنة ١٢٧٩ هـ .
ونسخة مطبوعة بمطبعة مصطفى البابي الحلبي سنة ١٣٥٦ هـ وفيها
نفس العبارة أيضا اذ جاء في ج ١ ص ٧٦ : « وقال زفر رحمه الله
يعشرهما لاستوائهما في المالية عندهم » .

— ١٨٨ —

وحجة زفر في فرض الضريبة التجارية على الخمر والخنزير هي ان كلا منهما مال متقوم في حق أهل الذمة ، ولهذا كان مضمونا على المسلم بالاتلاف (١) .

ووجه ظاهر الرواية، وهو الفرق بين الخمر والخنزير ، ما يأتي : —
أولا - ما روي عن عمر بن الخطاب انه جمع عماله في الموسم وقال لهم ماذا تأخذون من أهل الذمة مما يرون عليكم من الخمر ؟ فقالوا نصف العشر من أثمانها . فقال عمر ولوهم بيعها وخذوا نصف العشر من أثمانها (٢) .

ثانيا - ان الخمر أقرب الى المالية من الخنزير لانها كانت لنا مالا في الابتداء حين كانت عصيرا ، وتصير لنا مالا في الانتهاء بان تصير خلا . اما الخنزير فلم يكن لنا مالا في الابتداء ولا يصير لنا مالا في الانتهاء (٣) .

ثالثا - ان الخمر من ذوات الامثال ، واخذ القيمة فيما له مثل من جنسه لا يقوم مقامه ، فلا يكون اخذ قيمة الخمر كأخذ عين الخمر ، أما الخنزير فمن ذوات القيسم ، والقيمة فيما لا مثل له تقوم مقامه ، فكان اخذ قيمته كأخذ عينه وهذا لا يجوز للمسلم (٤) .

رابعا - ان حق الاخذ للدولة بسبب الحماية ، وللمسلم حماية الخمر في الجملة ، ولهذا اذا ورث خمره فله ولاية حمايتها من غيره ليخللها ، فله ولاية حماية خمر غيره . وهذا بخلاف الخنزير اذ ليس للمسلم حماية الخنزير رأسا ، حتى لو اسلم وله خنازير فليس له ان يحميها بل عليه ان يسيبها ، فلا تكون له ولاية حماية خنزير غيره (٥) .
والحق ان هذه الحجج لا تسلم من الاعتراضات،
فما روي عن عمر لا يدل على عدم فرض الضرائب التجارية على

(١) الكاساني ج ٢ ص ٣٨ .

(٢) شرح السير الكبير ج ٤ ص ٢٨٨ . المغني ج ٥ ص ٢٧٦ .

(٣) شرح السير الكبير ج ٤ ص ٢٨٨ .

(٤) الكاساني ج ٢ ص ٣٨ ، الهداية ج ١ ص ٥٣٥ .

(٥) الكاساني ج ٢ ص ٣٨ ، الهداية ج ١ ص ٥٣٥ - ٥٣٦ .

- ١٨٩ -

الخنزير بحجة انه لم يذكر الا الخمر ، لان عدم ذكر الشيء لا يدل على منع ذلك الشيء . والقول بان الخمر أقرب الى المالية من الخنزير لا تأثير له في المسألة ، لان الخمر ليست بمال متقوم في حق المسلم كالخنزير .
وقولهم ان الاخذ - أي أخذ الضريبة - بسبب الحماية ، والمسلم له حماية الخمر بالجملة بخلاف الخنزير ، يرد عليه ان الخنزير ما دام مالا متقوما في حق الذمي كالشاة في حقنا ، كما قال الحنفية ، فيلزم من هذا ان يدخل في الحماية كما دخلت الخمر في الحماية باعتبارها مالا متقوما للذمي . وعليه فالراجح ، عندي ، قول ابي يوسف وزفر .
وعند الحنابلة والشافعية لا يعسر الخمر ولا الخنزير ولا ثمنهما لانهما ليسا بمال اصلا ، والعشر - اي الضريبة التجارية - انما يؤخذ من المائ المتقوم^(١) .

١٦٥ - ادعاء الذمي ما يسقط التعشير (الضريبة التجارية) :

الاصل عند الحنفية ان الذمي ، في هذه الضريبة ، كالمسلم الا في مقدارها المأخوذ منه^(٢) . فيقبل منه ما يقبل من المسلم من ادعاء ما يسقطها ، كعدم مضي الحول على ماله ، او عدم نيته الاتجار به ، او كونه مدينا بدين محيط بماله او منقص للنصاب ، او ادعائه الاداء الى عاشر آخر . فيصدق الذمي في جميع هذه الادعاءات يمينه ، ولا يفارق المسلم الا في ادعائه اداء المستحق عليه الى الفقراء ، فان المسلم يصدق فيه ، والذمي لا يصدق ، لان ولاية الصرف الى المستحقين ليست الى الذمي

(١) كشف القناع ج١ ص ٧٢٧ ، الكاساني ج٢ ص ٢٨ .
والمال المتقوم هو ما كان محرزاً فعلاً ومحللاً لانتفاع معتاد شرعاً حال السعة والاختيار . وغير المتقوم هو ما لم يكن مملوكاً لاحد او كان مملوكاً فعلاً ولكنه لا ينتفع به عادة على وجه يرضيه الشارع ويبيحه حال السعة والاختيار كالخمر والخنزير بالنسبة للمسلم . فالخمر والخنزير بالنسبة لغير المسلمين مال متقوم ما داموا يعتمدون صحة التعامل والانتفاع به في العادة ، ولان الشارع امرنا ان نترك اهل الذمة وما يدنون فوجب علينا ان نعترف لهم بتقوم الخمر والخنزير :
الفقه الاسلامي لاستاذنا محمد سلام مذكور ص ١٦٧ .

(٢) الكاساني ج٢ ص ٣٧ .

— ١٩٠ —

فلا يصدق فيه . وعللوا تصديق الذمي ومساواته مع المسلم في مسقطات الضريبة الا ما استثنى ، بأن الذمي يعقد الذمة صار له ما للمسلمين وعليه ما عليهم ، وانه لا يفارق المسلم في هذه الضريبة وشروطها الا في مقدار المأخوذ منه ^(١) .

وعند الحنابلة لا يصدق الذمي في ادعائه الدين المنقص للنصاب الا اذا اقام بينة من المسلمين ^(٢) . وعند مالك لا يقبل ادعاؤه الدين حتى ولو اقام البيته ^(٣) .

والراجع عندي ، عدم تصديق الذمي في ادعائه ما يسقط الضريبة ، لان هذه الضريبة في الحقيقة ليست زكاة حتى تخضع لشروط الزكاة وانما هي كما قال صاحب المغنى : « حق يختص بمال التجارة لتوسعه في دار الاسلام وانتفاعه بالتجارة » ^(٤) . فلا محل لتصديقه في ادعائه ما يسقط الضريبة . ولا يصح قياسه على المسلم في تصديقه في هذه الادعاءات ، لان هذه الضريبة في حق المسلم زكاة ، والاصل ان المسلم نفسه يخرج زكاة عروض التجارة ، وانما استحققت الدولة جبايتها اذا خرج بهذه الاموال الى خارج المدن لصيرورتها كالمال الظاهر .

المطلب الثاني

الضرائب التجارية بالنسبة الى المستأمنين

١٦٦ — اذا دخل الحربي بامان دار الاسلام بمال للتجارة استوفيت منه ضريبة تجارية على ماله ، لانه لما دخل دار الاسلام صار ماله في

(١) الدر المختار ورد المختار ج ٢ ص ٥٣ — ٥٤ .

(٢) المغني ج ٨ ص ٥٢١ ، كشاف القناع ج ١ ص ٧٢٧ .

(٣) الاموال لابي عبيد ص ٥٣٥ ، ٥٣٧ .

(٤) المغني ج ٨ ص ٥٢٢ .

حماية الدولة الاسلامية فأوجب ذلك حق استيفاء هذه الضريبة منه ^(١) .
وقد ذكرنا دليل شرعية هذه الضريبة من قبل ^(٢) .

١٦٧ - القاعدة في هذه الضريبة :

المعاملة بالمثل هي القاعدة عند الحنفية والزيدية في فرض هذه الضريبة ومقدارها . فيعامل المستأمن بشل ما يعامل به اهل دار الاسلام اذا دخلوا دار الحرب باموالهم التجارية . ودليل هذه القاعدة ان عاشرا - أي جابي الضريبة - كتب الى عمر : « كم تأخذ من تجار اهل الحرب ؟ فقال كم . يأخذون منا ؟ فقال : هم يأخذون منا العشر . فقال : خذ منهم العشر » ^(٣) . وكتب ابو موسى الاشعري الى عمر بن الخطاب ان تجار المسلمين اذا دخلوا دار الحرب اخذوا منهم العشر . فكتب اليه عمر : خذ منهم اذا دخلوا الينا ذلك العشر ^(٤) .

والحنابلة والمالكية والشافعية والاباضية لم يأخذوا بقاعدة المعاملة بالمثل ، الا انهم اختلفوا في مقدار الضريبة . فالحنابلة قالوا يستوفى منهم العشر - أي عشر اموالهم التجارية - سواء عشروا اموال المسلمين او لم يعشروها ^(٥) . وهكذا قال المالكية ، الا انهم قالوا بتنقيص الضريبة الى نصف العشر اذا كان ما دخلوا به طعاما الى مكة والمدينة وقراها ^(٦) . وعند الشافعية لا تستوفى من المستأمن ضريبة عما

(١) الكاساني ج ٢ ص ٣٧ ، فتح القدير ج ١ ص ٥٣٤ .

(٢) فقرة ١٥٦ ص ١٧٧ من هذه الرسالة .

(٣) المبسوط ج ٢ ص ١٩٩ - ٢٠٠ ، شرح الازهار ج ١ ص ٥٧٩ . شرح السير الكبير ج ٤ ص ٢٨٣ : واما الحربي فانما أمرنا بأخذ العشر منه لانهم يأخذون منا العشر فأمرنا بأخذ العشر منهم : اذ الامر بيننا وبين الكفار مبني على المجازاة . . . الدليل عليه ما روي ان عاشر عمر ارض كتب اليه كم تأخذ من تجار اهل الحرب ؟ فقال كم يأخذون منا ؟ فقال هم يأخذون منا العشر . فقال خذ منهم العشر . فقد جعل الامر بيننا وبينهم على المجازاة .

(٤) الخراج ليحيى بن آدم ص ١٧٣ .

(٥) كشف القناع ج ١ ص ٧٢٨ ، المغني ج ٨ ص ٥٢١ - ٥٢٢ .

(٦) شرح الزرقاني على مختصر خليل ج ٣ ص ١٤٣ - ١٤٤ ، الشرح الصغير للدردير ج ١ ص ٣٤٥ .

يدخل به من اموال تجارية الا بالشرط وبقتدر الشروط وان كانت دولته تأخذ من تجار المسلمين اذا دخلوا اقليمها . ولكن اذا اتجر المستأمن في دار الاسلام فان الدولة تستوفي منه العشر^(١) . وقال الاباضية يؤخذ من المستأمن ربع العشر ، وهو ما يؤخذ من المسلم في دار الاسلام ، وان لم يأخذوا من تجار المسلمين اذا دخلوا اليهم^(٢) .

١٦٨ - قاعدة المعاملة بالمثل وما يترتب عليها :

ويترب على قاعدة المعاملة بالمثل ، التي قال بها الاحناف والزيدية ، وتؤديها الآثار المروية عن عمر بن الخطاب ، مسائل عديدة تقوم على هذه القاعدة . فمن ذلك :

اولا - لا يعشر مال المستأمن اذا كان أقل من مائتي درهم ، اي اذا كان أقل من نصاب الزكاة ، لان ما دون النصاب قليل ، وأهل دار الحرب لا يأخذون من تجار دار الاسلام اذا كان مالهم قليلا . فاذا كانوا يستوفون ضريبة على قليل المال وكثيرة فان دار الاسلام تعاملهم بالمثل^(٣) . ولكن صاحب الدر المختار قال : « الاصح عدم تعشير مالهم اذا لم يبلغ نصابا وان اخذوا منا من مثله ، لان ما دون النصاب قليل ، والاخذ من القليل ظلم ولا متابعة في الظلم »^(٤) . وأضاف ابن عابدين « بان ما دون النصاب معد للنفقة غالبا ، والاخذ منه مخالف لمقتضى الامان »^(٥) .

ثانيا - مقدار الضريبة يتحدد بقدر ما يأخذه أهل دار الحرب من أهل دار الاسلام^(٦) . وفي هذا حالات :

- (١) الام للشافعي ج٤ ص ١٢٥ ، مختصر المزني ج٥ ص ١٩٩ - ٢٠٠ .
- (٢) شرح النيل ج١٠ ص ٤١٢ .
- (٣) شرح السير الكبير ج٤ ص ٢٨٤ .
- (٤) الدر المختار ج٢ ص ٥٦ ، المبسوط ج٢ ص ٢٠٠ : فان كانوا - اي أهل دار الحرب - يظلموننا في أخذ شيء من القليل فنحن لا نأخذ منهم ، أي لو كانوا يأخذون جميع الاموال من التجار لا نأخذ منهم مثل ذلك لان ذلك يرجع الى غدر الامان .
- (٥) رد المحتار ج٢ ص ٥٦ .
- (٦) الكاساني ج٢ ص ٢٨ ، شرح الازهار ج١ ص ٥٧٩ .

— ١٩٣ —

أ — اذا كانوا يأخذون من تجار دار الاسلام الخس أو أكثر من ذلك أو أقل اخذنا منهم نفس المقدار . ودليل هذا ما روى عن عمر بن الخطاب انه قال لعناله : خذوا منهم ما يأخذون منا ^(١) .

ب — اذا كانوا يأخذون الكل من تجارنا ، أي يأخذون جميع أموالهم التجارية ، فان قاعدة المعاملة بالمثل لا تعمل هنا ، فلا تأخذ الكل منهم ، على القبول المختار عند الاحناف ، بل نبقي للمستأمن ما يبلغه مأمنه ^(٢) . وقيل بل تأخذ الكل منهم مجازاة لهم وزجرا . ولكن رد على هذا القول — بحق — بأن اخذ الكل منهم ، بعد اعطاء الامان ، غدر منا ، ونحن لا نتخلق به لتخلقهم هم به ، بل نهينا عنه ، كما لو قتلوا الداخل اليهم منا بأمان لا نقابلهم بالمثل ، فلا تقتل من يدخل الينا منهم بأمان ^(٣) . فما اروع هذا الكلام واقطعه في الدلالة على تمسك الفقهاء بمعاني الاخلاق العالية والمثل الرفيعة والعدالة الخالية من نوازع الهوى والعاطفة .

ج — اذا كانوا لا يأخذون منا شيئا فائنا لا تأخذ منهم شيئا ^(٤) .
د — اذا لم نعلم كم يأخذون من اهل دار الاسلام فائنا تأخذ منهم العشر ^(٥) . ويعمل الفقهاء ذلك بأن دخول الحري دار الاسلام بأمان الدولة الاسلامية وحمايتها اوجب استيفاء هذه الضريبة منه . فاذا عرفنا ما تستوفيه دولته من رعايا دار الاسلام اخذنا منه مثله ، وان جهلناه أخذنا منه العشر لان عمر بن الخطاب قال لعناله : اذا أعياكم ان تعلموا كم يأخذون منا فخذوا منهم العشر ^(٦) .

(١) شرح السير الكبير ج٤ ص ٢٨٣ ، الكاساني ج٢ ص ٣٨ - ٣٩ ،

الفتاوي الهندية ج١ ص ٨٤ ، شرح الازهار ج١ ص ٥٧٩ .

(٢) شرح العناية على الهداية ، وفتح القدير ج١ ص ٥٣٤ .

(٣) فتح القدير ج١ ص ٥٣٤ .

(٤) شرح السير الكبير ج٤ ص ٢٨٣ ، الفتاوي الهندية ج١ ص ١٨٤ ،

رد المحتار ج٢ ص ٥٦ .

(٥) الفتاوي الهندية ج١ ص ١٨٤ ، شرح الازهار ج١ ص ٥٧٩ .

(٦) شرح السير الكبير ج٤ ص ٢٨٣ ، الكاساني ج٢ ص ٣٩ .

وعندي ان اخذ العشر في هذه الحالة لا يخرج عن قاعدة المعاملة بالمثل لان عادة اهل دار الحرب ، بصورة عامة ، اخذ العشر من تجار دار الاسلام ، فاذا لم يتبين مقدار ما يأخذونه فعلا من تجارنا كان اخذ العشر منهم مبنيا على ما جرت به عادتهم . ومما يؤيد ان عادتهم اخذ العشر من تجار اهل دار الاسلام ما رواه ابو يوسف في كتابه الخراج ان ابا موسى الاشعري كتب الى عمر بن الخطاب « ان تجارا من قبلنا من المسلمين يأتون ارض الحرب فيأخذون منهم العشر »^(١) . وما رواه ابو عبيد في كتاب الاموال ان عمر بن الخطاب كان يأخذ من اهل الحرب العشر « لانهم كانوا يأخذون من تجار المسلمين مثله اذا قدموا بلادهم »^(٢) .

ثالثا - اذا كان اهل دار الحرب يعفون من الضريبة مالا معينا من اموال اهل دار الاسلام اذا دخلوا به دار الحرب ، فانتا نعتفهم ايضا من الضريبة بالنسبة الى ذلك المال^(٣) .

رابعا - اذا كان اهل دار الحرب لا يستوفون ضريبة من اهل ذمتنا اذا دخلوا عليهم بالخير والخنازير فانتا تقابلهم بالمثل فلا نستوفي منهم ضريبة على ما يدخلون به الى دار الاسلام من خمر وخنازير . وكذلك اذا لم يستوفوا ضريبة من نساءنا او رجالنا ، اذا دخلوا اليهم باموال تجارية ، فانتا لا تأخذ شيئا من نساءهم او رجالهم اذا دخلوا دار الاسلام باموال تجارية^(٤) .

خامسا - الاصل عدم استيفاء ضريبة عن مال الصبي الحربي اذا دخل الينا بامان الا ان يكون اهل دار الحرب يستوفون مثل هذه الضريبة من صيانتنا اذا دخلوا اليهم^(٥) .

-
- (١) الخراج لابي يوسف ص ١٣٥ .
 - (٢) الاموال لابي عبيد ص ٥٣١ .
 - (٣) شرح السير الكبير ج ٤ ص ٢٨٦ .
 - (٤) شرح السير الكبير ج ٤ ص ٢٨٩ ، شرح الازهار ج ١ ص ٥٧٩ .
 - (٥) الدر المختار ج ٢ ص ٥٦ .

١٦٩ - الضريبة على الخمر والخنازير :

عند الامام ابي يوسف تستوفى الضريبة التجارية عن خمر المستأمن وخنازيره ، فقد جاء في كتابه الخراج : « اذا مر أهل الحرب على العاشر بالخنازير والخمر فان ذلك يقوم عليهم ثم يؤخذ منهم العشر » (١) . وعند الامام محمد تستوفى الضريبة عن الخمر دون الخنازير (٢) . ويبدو ان الحنابلة والشافعية لا يرون فرض ضريبة على خمر وخنازير المستأمن ، قياسا على ما قالوه في خمر الذمي وخنزيره (٣) .

١٧٠ - عدد مرات استيفاء الضريبة :

عند الحنفية والحنابلة لا تستوفى الضريبة من المستأمن عن ماله الذي دخل به دار الاسلام الا مرة واحدة في السنة (٤) . ويعلل الاحناف ذلك بان المستأمن ما دام يتردد في دار الاسلام ولم يتنه الحول فحكم الامان الذي دخل به باق ، فيكون بمنزلة الذمي الذي يتنقل في دار الاسلام . والذمي لا تستوفى منه ضريبة عن ماله الا مرة واحدة في السنة فكذلك المستأمن . ويؤيد ما قاله الاحناف والحنابلة ان جابيا لعمر بن الخطاب اراد ان يستوفى الضريبة عن فرس لمستأمن مرتين ، فكتب اليه عمر بن الخطاب الا يستوفى منه الضريبة الا مرة واحدة (٥) . كما ان استيفاء الضريبة عن المال أكثر من مرة يؤدي الى استئصاله فيعود على موضوع الامان بالنقض (٦) .

واذا رجع المستأمن الى دار الحرب ثم عاد بماله نفسه الذي كان قد دخل به استوفيت منه ضريبة اخرى . وهذا ما نص عليه الحنفية والزيدية (٧) . وعلل الاحناف ذلك بأن المستأمن يرجوع الى دار الحرب

- (١) الخراج لابي يوسف ص ١٣٣ .
- (٢) شرح السير الكبير ج٤ ص ٢٨٧ .
- (٣) فقرة ١٦٤ ص ١٨٩ من هذه الرسالة .
- (٤) الهداية ج١ ص ٥٣٤ ، الدر المختار ج٢ ص ٥٦ ، الفتاوي الهندية ج١ ص ١٨٤ ، المغني ج٨ ص ٥٢٣ .
- (٥) شرح السير الكبير ج٤ ص ٢٨٦ - ٢٨٧ ، المبسوط ج٢ ص ٢٠١ .
- (٦) فتح القدير ج١ ص ٥٣٤ .
- (٧) الهداية ج١ ص ٥٣٥ ، الفتاوي الهندية ج١ ص ١٨٤ ، شرح الازهار ج١ ص ٥٧٩ .

— ١٩٦ —

ارتفع عنه حكم الامان الاول ، فاذا عاد الى دار الاسلام فانما يعود بامان جديد فيكون كأنه دخل لأول مرة فتستوفى منه الضريبة التجارية المقررة^(١).

١٧١ - ادعاء المستامن مسقطات الضريبة :

لا يصدق المستامن فيما يصدق فيه الذمي من ادعاء مسقطات الضريبة ، كادعائه عدم تمام الحول ، او عدم الفراغ من الدين ، او كون ماله غير معد للتجارة . وعلل الحنفية ذلك بان ادعائه عدم تمام الحول لا يفيد لان استيفاء الضريبة منه لا يعتبر فيه الحول . وادعائه الدين لا يرفع عنه الضريبة لان ما عليه من دين في دار الحرب لا يطالب به في دارنا . وادعائه ان المال ليس للتجارة يكذبه الظاهر لانه لو لم يقصد التجارة لما جلب ماله الى دار الاسلام^(٢). ولكن اذا ادعى أداء الضريبة الى عاشر آخر فقد قال بعض الحنفية يصدق ، وقال البعض الآخر لا يصدق^(٣). والراجح عدم تصديقه ، لان تصديقه بمجرد قوله يؤدي الى افلات اكثر المستامين من هذه الضريبة . ولكن لو أيد دعواه بوثيقة من العاشر الذي استوفى منه الضريبة او اقام البينة المقبولة على ادائه الضريبة فينبغي ان يصدق في هذه الحالة .

المطلب الثالث

تقدير نظام الضرائب التجارية وما عليه العمل الآن .

١٧٢ - نظام الضرائب التجارية ، او كما يسميه الفقهاء «التعشير»

- (١) شرح السير الكبير ج٤ ص ٢٨٧ ، الكاساني ج٢ ص ٣٧ ، الخراج ليحيى بن آدم ص ١٧٣ .
- (٢) شرح العناية على الهداية ج١ ص ٥٣٣ ، رد المحتار ج٢ ص ٥٥ .
- (٣) الدر المختار ورد المحتار ج٢ ص ٥٥ .

وكما يناه في المطالبين السابقين ، هو التنظيم الذي رسمه الفقه الاسلامي في فرض الضرائب على الاموال المنقولة المعدة للتجارة ، بالنسبة للمسلمين ، وغير المسلمين من ذميين ومستأنين ، وهو تنظيم بسيط كان يكفي في حينه لجباية هذا النوع من الضرائب وسد نفقات الدولة به وبغيره من الموارد الاخرى . وقد خضع له الذميون لانهم مواطنون ويتنفعون بمرافق الدولة وحمايتها في التنقل في دار الاسلام بقصد التجارة والربح ، فكان من المعقول ان يساهموا في سد نفقات الدولة . وقد فرض عليهم نصف العشر ولم يفرض ربه كما هو المقرر في حق المسلمين ، لان المأخوذ من المسلمين زكاة والزكاة هذه هي فريضة ، ولان الذميين معفوون من دفع الضرائب عن أموالهم التجارية في داخل المدن بخلاف المسلمين اذ يؤدون عنها الزكاة وهي ربع العشر أيضا كما بينا من قبل . اما المستأمنون فقد فرضت على أموالهم التجارية التي يدخلون بها دار الاسلام ضريبة تجارية يتحدد مقدارها بموجب قاعدة المعاملة بالمثل على رأي الاحناف ومن وافقهم ، او بنقدار العشر دائما على رأي فريق آخر . من الفقهاء كما بينا من قبل . وليست هناك ضريبة اخرى على المستأمنين ، فاقوال الفقهاء صريحة في ان ما يؤخذ من المستأمن هو الضريبة على أمواله التجارية التي يدخل بها ثم لا يؤخذ منه شيء عن ارباحه التي يجنيها في دار الاسلام ، وهذا خلاف المعمول به حاليا في الدول الاسلامية ، اذ يخضع الاجنبي فيها الى ضرائب متنوعة ومنها الضريبة على ارباحه كما سنذكره بعد قليل .

وبالرغم من بساطة تنظيم هذه الضرائب التجارية ، كما بينه الفقهاء ، فان بعض هذه الضرائب استعمل كأداة للتوجيه الاقتصادي . يدل على ذلك ما فعله عمر بن الخطاب حيث خفض من سعر هذه الضريبة الى ٥٠٪ بالنسبة للمستأمنين الذين يجلبون الطعام الى المدينة ، ليكثر جلب الطعام الى الحجاز ، فقد جاء في كتاب الاموال لابي عبيد : « كان عمر يأخذ من التبط : من الزيت والحنطة نصف العشر لكي يكثر الحمل

— ١٩٨ —

الى المدينة ، يأخذ من القطنية العشر ^(١) . وهذه هي السياسة الاقتصادية التي تتبعها الدول الحديثة في فرض الضرائب الجمركية اذا ارادت اكثر دخول بعض السلع اليها باستيرادها من الخارج ، او حاية بعض الصناعات والمنتجات المحلية ، فتقلل الضرائب في الحالة الاولى وتزيدها في الحالة الثانية ^(٢) . وهذه السياسة تستطيع أن تباشرها الدول الاسلامية في الوقت الحاضر وتجد لها سندا من فعل عمر بن الخطاب الذي ذكرناه ، ولان الضرائب الجمركية على الاموال الواردة الى دار الاسلام تخضع لقاعدة المعاملة بالمثل على ما ذهب اليه الاحناف ومن وافقهم كما فصلناه في المطلب الثاني من هذا المبحث ، وحيث ان الدول الحاضرة تأخذ بهذه السياسة فلا ضير على الدولة الاسلامية ان اتبعها ايضا بناء على قاعدة المعاملة بالمثل .

١٧٣ - ما عليه العمل الآن :

تأخذ الدول الاسلامية اليوم بنظام الضرائب ، فتفرض على المواطنين والاجانب ضرائب متنوعة ، وهذه الضرائب لم ينص عليها الفقهاء ، أو على الاقل لم ينصوا على اكثرها . والتي نصوا عليها اصابتها تغييرات وتحويرات تلائم العصر الحديث وحاجات الدولة كالضرائب الجمركية التي تقابل التعشير . والدول التي تطبق الشريعة الاسلامية كالسعودية أخذت أيضا بنظام الضرائب وفرضتها في بلادها كما سنذكر بعضها الآن . ففي الجمهورية العربية المتحدة تفرض ضريبة على ايرادات رؤوس الاموال المنقولة وعلى الارباح الصناعية والتجارية وعن كسب العمل ، وينظم هذه الضريبة القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ وتعديلاته . وهناك ضريبة الاراضي الزراعية وينظمها قانون ضريبة الاطيان رقم ١١٣ لسنة ١٩٣٩ وتعديلاته . والضريبة على العقارات المبنية وينظمها قانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٤ والضريبة على حاصلات الاراضي ، وتسمى برسم

(١) الاموال لابي عبيد ص ٥٣٣ .

(٢) الدكتور محمد عبد الله العربي ، المرجع السابق ، ص ١٠٧ - ١٠٨ .

اتاج ، وينظمها قانون رقم ٤ لسنة ١٩٣٢ • وهناك ضريبة عامة على الايراد وينظمها قانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٩ وتعديلاته • وقد جاء في المادة الاولى منه ما يأتي : « تفرض ضريبة عامة على الايراد وتسري على صافي الايراد الكلي للأشخاص الطبيعيين المصريين ايا كان موطنهم والاجانب المتوطنين (في الجمهورية المصرية) حتى لو كانت ايراداتهم ناتجة من مصادر خارج مصر • اما الاجانب غير المتوطنين في مصر فلا يخضعون للضريبة الا على ذلك الجزء من الايراد الذي تتج في الجمهورية المصرية » •

وفي الضرائب على ارباح المهن غير التجارية يخضع لهذه الضريبة كل من يزاول هذه المهن في الجمهورية العربية المتحدة سواء كان وطنيا او اجنيا مقيما في الجمهورية العربية او غير مقيم فيها ^(١) •

وفيما يخص الضرائب على الاموال المستوردة توجد عدة تشريعات تنظم هذه الضرائب كاللائحة الجمركية الصادرة بالامر العالي في ٢ ابريل سنة ١٨٨٤ وقانون رقم ٢ لسنة ١٩٣٠ بتعديل التعريفات الجمركية ، ومرسوم ١٤ فبراير سنة ١٩٣٠ الخاص بوضع تعريفات جديدة للرسوم الجمركية •

وفي الجمهورية العراقية توجد عدة تشريعات بخصوص الضرائب ، منها قانون ضريبة الدخل رقم ٨٥ لسنة ١٩٥٦ ويخضع لهذه الضريبة العراقيون والاجانب ، كذلك قانون رقم ٨ لسنة ١٩٦١ بشأن ضريبة البنزين والسجائر ، وقانون ضريبة الاملاك رقم ١٧ لسنة ١٩٦٠ • اما الاموال المستوردة فتخضع للضرائب الجمركية المنصوص عليها في القوانين المرغية كقانون الجمارك رقم ٥٦ لسنة ١٩٣١ وتعديلاته وقانون التعريفات الجمركية رقم ٧٧ لسنة ١٩٥٥ •

وفي العربية السعودية توجد عدة تشريعات وانظمة ضريبة منها

(١) الموجز في الضرائب المصرية تأليف الدكتور محمد العربي والدكتور حامد عبد اللطيف ص ٢٢٦ •

— ٢٠٠ —

الضريبة العقارية وضريبة البتزين وغير ذلك • كما يوجد نظام ضريبة الدخل لسنة ١٣٧٦ هـ الخاص بغير السعوديين أي الاجانب • والضرائب على الاموال المستوردة والمصدرة ينظمها نظام الجمارك الصادر سنة ١٣٧٢ هـ •

١٧٤ — من هذا كله يظهر لنا ان الدول الاسلامية حتى العريضة السعودية ، وهي تطبق الشريعة الاسلامية ، قد اخذت بنظام الضرائب فست القوانين المنظمة لها وفرضتها على المواطنين والاجانب •

ونتساءل هنا هل لهذه الضرائب من سند شرعي وتخرج فقهي ام لا ؟

والحق ان هذه المسألة تتصل بمسألة اخرى هي مدى حق الدولة الاسلامية في سنها الضرائب وفرضها على المواطنين والمقيمين في اقليمها • ولهذا يتعين علينا ان نعالج المسألة الثانية وهي حق الدولة الاسلامية في فرض الضرائب • وعلى ضوء ما يظهر يكون الحكم وهذا ما نبينه في الفقرة التالية •

١٧٥ — مدى حق الدولة الاسلامية في فرض الضرائب :

لم تعد واجبات الدولة في الوقت الحاضر مقصورة على تأمين سلامة المواطنين ضد الاعتداء الداخلي والخارجي وانما تجاوزته الى مختلف الميادين الصحية والتعليمية والاجتماعية ، وبهذا ازدادت اعباؤها وواجباتها • ولا شك ان القيام بهذه الامور يتطلب المال اللازم لها ، فهل تستطيع الدول الاسلامية فرض الضرائب على المواطنين من مسلمين وذميين لسد نفقاتها ، اذا لم تكف موارد بيت المال التي نص عليها الفقهاء ؟ •

الذي نراه • بعد أن استعرضنا دلائل الشريعة ونصوصها ، ان للدولة الاسلامية الحق في فرض الضرائب على رعاياها اذا ما كانت بحاجة الى المال لسد نفقاتها وتحقيق الخير للمواطنين وكفالتهم في حالة العوز والفاقة وتوفير العيش الكريم لهم • والدليل على ذلك من وجوه كثيرة

نذكر أهمها :-

اولا - المال ضروري لاقامة الدولة الاسلامية وبقائها :

الاسلام يأمر باقامة الدولة الاسلامية ويحرص على بقائها لان اغراضه لا تتحقق كما ينبغي ، واحكامه لا تنفذ كما يجب الا بقيام هذه الدولة التي تطبق الاحكام وتقيم العدل بين الناس . ولهذا نص الفقهاء على وجوب نصب الخليفة وقالوا انه فرض على الامة يجب ان تؤديه (١) . وقيام الدولة يستلزم قطعاً توافر المال للقيام بواجباتها وسد نفقاتها . فاذا لم تف موارد الدولة التي نصت عليها الشريعة صراحة فللدولة ، حفظاً لبقائها وقياماً بواجباتها ، فرض الضرائب على المواطنين بمقدار ما يكفي لسد حاجتها لتلا تشيع الفتن فيها ويتزعزع كيانها ويؤول من الوجود . وفي هذا يقول الامام الشاطبي : « اذا خلا بيت المال وارتفعت حاجات الجند وليس فيه ما يكفيهم ، فللامام ان يوظف على الاغنياء ما يراه كافياً لهم في الحال الى ان يظهر مال في بيت المال او يكون فيه ما يكفي ... ووجه المصلحة في هذا ان الامام العادل لو لم يفعل ذلك لبطلت شوكته وصارت الديار عرضة للفتن » (٢) . وما ذكره الشاطبي من حاجات الجند يتسع لجميع متطلبات الدفاع في الوقت الحاضر كاعداد الذخيرة الحربية بانواعها ، واقامة المصانع لها حسب متطلبات العصر . ثم ان حاجات الجند ، التي ذكرها الشاطبي ، ليست هي الحاجة الوحيدة للدولة ، فهناك حاجات اخرى ضرورية لها في الوقت الحاضر كانشاء الطرق والجسور والمستشفيات والمدارس وتوفير الضمان الاجتماعي لابنائها وغير ذلك مما يجعل الامة قوية مرهوبة الجانب ، ويعود على ابنائها بالخير العميم . وبهذا تقوى الدولة وتثبت وتتحقق الاغراض التي قامت من اجلها .

(١) النظريات السياسية الاسلامية للاستاذ محمد ضياء الدين الرئيس
ص ١١٤ .
(٢) الاعتصام للشاطبي ص ٣٠١ - ٣٠٢ . عن كتاب المصلحة في التشريع
الاسلامي لمصطفى زيد ص ٥٢ .

- ٢٠٢ -

ثانيا - المجتمع الاسلامي مجتمع تعاوني :

المجتمع الاسلامي مجتمع تعاوني قام على اساس التعاون والتناصر والتكافل فيما بين افراده . فقد أمر الشارع بالتعاون على ما ينفع الامة ، قال تعالى : « وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان » (١) . والدولة وهي ممثلة للمجتمع ، لها ان تنظم هذا التعاون وتجعله بشكل مؤثر مفيد ، فتفرض الضرائب على القادرين الموسرين وتنفق حصيلتها على ما ينفع المجتمع او تسد بها حاجة المحتاجين ، وبهذا تجعل التعاون عمليا لا نظريا . قال الامام ابن حزم : « وفرض على الاغنياء من أهل كل بلد ان يقوموا بقراءتهم ويجبرهم السلطان على ذلك ان لم تقسم الزكاة بهم ولا في سائر اموال المسلمين بهم ، فيقام لهم بما يأكلون من القوت الذي لا بد منه ومن اللباس للشتاء والصيف بمثل ذلك ، وبمسكن يكنهم من المطر والصيف والشمس وعيون المارة » (٢) . وعلى هذا فللدولة ان تفرض في اموال الاغنياء ما يحقق ما ذكره ابن حزم ولا تتركه لهم ، لان جباية المال عن طريق الدولة وصرفه على الفقراء يحقق المقصود بصورة أتم وايسر لا سيما في وقتنا الحاضر ، فتقيم الدولة مثلا المؤسسات العامة والملاجيء وتسكن المحتاجين فيها وتجري عليهم العطاء بصورة منظمة . وهذا ضرب من ضروب التضامن الاجتماعي الذي اصبح من اهم واجبات الدولة في الوقت الحاضر ، وقد قرره الشريعة الاسلامية قبل ان تأخذ به الدول الحاضرة . والواقع ان اهتمام الشريعة الاسلامية بتحقيق التضامن الاجتماعي اهتمام عظيم لا نظير له ، ويدعو الى الاعجاب والاكبار ، من ذلك ما رواه الصحابي ابو سعيد الخدري عن النبي صلى الله عليه وسلم ، انه قال : « من كان معه فضل ظهر فليعد به على من لا ظهر له ، ومن كان له فضل من زاد فليعد به على من لا زاد له . قال : فذكر من أصناف المال ما ذكر حتى رأينا انه لا حق لأحد

(١) سورة المائدة ج٦ الآية ٢ .

(٢) المحلى لابن حزم ج٦ ص ١٥٦ .

منا في فضل»^(١) . وروى ايضا عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال : « من كان عنده طعام اثنین فليذهب بثالث ، ومن كان عنده طعام اربعة فليذهب بخامس او سادس »^(٢) . فلتحقيق هذه المعاني الجليلة التي تضمنها هذان الحديثان وامثالهما ، ينبغي تمكين الدولة من فرض الضرائب ، عند الحاجة ، على الاغنياء وانفاقها على ما يعود بالنفع على المحتاجين ، فتقوم الدولة ، بهذا الاجراء ، بواجب التضامن الاجتماعي وتحقيقه بين المواطنين كما دعت اليه الشريعة صراحة . وقد همّ عمر بن الخطاب بتنفيذ هذا الاجراء ، وهو رئيس الدولة الاسلامية ، فقد روى ابن حزم ان عمر بن الخطاب قال : « لو استقبلت من امري ما استدبرت لاخذت فضول اموال الاغنياء فقسمتها على فقراء المهاجرين » . قال ابن حزم عن اسناد هذا الاثر : وهذا اسناد في غاية الصحة والجلالة^(٣) .

وعن علي بن ابي طالب انه قال : « ان الله تعالى فرض على الاغنياء في اموالهم بقدر ما يكفي فقراءهم فان جاعوا او عروا وجهدوا فبمنع الاغنياء ، وحق على الله تعالى ان يحاسبهم يوم القيامة ويعذبهم عليه »^(٤) . فاذا قامت الدولة بفرض الضرائب على الاغنياء للقيام بواجبها نحو المواطنين الفقراء فاننا تستخلص حقا للفقراء من الاغنياء .

ولا يقال هنا ، ان هذه النصوص تنصرف الى المسلمين وحدهم فلا تشمل الذميين ، لاننا نقول ان الاصل هو ان الذمي كالمسلم في الحقوق والواجبات الا ما خص بدليل ، والذمي مواطن في الدولة الاسلامية ويعيش في مجتمعتنا التعاوني ويستمتع هو نفسه من كفالة بيت المال ومن مرافق الدولة المتنوعة فمن الحق والعدل ان يخضع لتنظيم الدولة في باب الضرائب فيساهم في أدائها اذا كان قادرا كما يستمتع هو من حصيلتها ، فالغنم بالغرم .

(١) المرجع السابق ص ١٥٦ - ١٥٧ .

(٢) المرجع السابق ص ١٥٧ .

(٣) المرجع السابق ص ١٥٨ .

(٤) المرجع السابق ص ١٥٨ .

— ٢٠٤ —

فعلى اساس التعاون الذي يقوم عليه المجتمع الاسلامي ، وما للدولة من حق السيادة ، تستطيع الدولة الاسلامية ان تلزم الافراد بأداء ما تفرضه من ضرائب^(١) .

ثالثا - ان في المال حقا سوى الزكاة :

ان الزكاة الواجبة على المسلمين ليست هي الحق الوحيد في اموالهم، بل هناك حقوق اخرى ، فقد صح عن عائشة وابن عمر وغيرهما من الصحابة ، انهم قالوا : « ان في المال حقا سوى الزكاة »^(٢) . وقد ذكره القرطبي والرازي مرفوعا الى النبي (ص) ، بصدد تفسير قوله تعالى : « ليس البر أن تولوا وجوهكم قبل المشرق والمغرب ولكن البر من آمن بالله واليوم الآخر والملائكة والكتاب والنبين وآتى المال على حبه ذوي القربى واليتامى والمساكين ... الخ » ثم قال : ان الايتاء هنا غير الزكاة ، وانه من الواجبات لا التطوعات ، ومثل الرازي لهذه الواجبات باطعام المضطر . ثم قال القرطبي : « واتفق العلماء على انه اذا نزلت بالمسلمين حاجة بعد اداء الزكاة فانه يجب صرف المال اليها . قال مالك رحمه الله : يجب على الناس فداء اسراهم وان استغرق ذلك

(١) وهذا هو اساس فرض الضرائب في الدول الحاضرة . جاء في كتاب اصول علم المالية العامة والتشريع المالي للدكتور محمد عبدالله العربي ج١ ص ١٠٤ : « فالاساس الحقيقي ، اذن ، للضريبة ليس عقدا بين الدولة والفرد بل اساسها ما للدولة من سلطة آمرة على الرعية ... الدولة ضرورة اجتماعية منوط بها ان تسمي بالجماعة الى غايات شتى مادية ومعنوية وان تقوم بسداد طائفة كبيرة من الحوائج المشتركة ... ولما كان انجاز هذه المهام يستلزم الانفاق حتما كان للدولة الحق في أن تطلب الى رعيتهما والى كل من يستظل بسمائها باسم التضامن الاجتماعي ان يتضافروا جميعا في النهوض بعبء هذا الانفاق . ذلك هو مصدر حق الدولة في جباية الضريبة واساسه الصحيح ... فالضريبة ضرورة لا مناص للدولة من الالتجاء اليها للقيام بالمرافق العامة » .

ونص الدستور الموقت للجمهورية العربية المتحدة في مادته الثالثة : على ان « التضامن الاجتماعي اساس للمجتمع » . وفي مادتها السادسة : « العدالة الاجتماعية اساس الضرائب والتكاليف العامة » .

(٢) المحلى ج٦ ص ١٥٨ .

— ٢٠٥ —

أموالهم • وهذا اجماع ايضا «^(١) • فالزكاة ليست الحق الوحيد في المال ، بل فيه حقوق أخرى يجب اداؤها • وهي بجعلتها حقوق تعود بالنفع على الجماعة وتسد حاجة المحتاجين فيها ، وما ذكره القرطبي والرازي نعتبره تمثيلا لا حصرا • وعلى هذا فللدولة ، اذن ، ان تفرض الضرائب الضرورية لهذا الغرض ، وهي بهذا الفرض تستوفى بعض الحقوق الواجبة في اموال الافراد •

رابعا - الامام مسئول عن رعيته :

ان الحكومة في الدولة الاسلامية مسئولة عن رعاية شئون الرعية ودفع الضرر عنها ، وجلب المنفعة لها ، وتحقيق مقتضيات العدل فيها ، قال النبي صلى الله عليه وسلم : « كلکم راع فمسئول عن رعيته ، فالامير الذي على الناس راع وهو مسئول عنهم ... الا فكلکم راع وكلکم مسئول عن رعيته »^(٢) • وقال الامام النووي في تفسير هذا الحديث : « قال العلماء ، الراعي هو الحافظ المؤتمن الملتزم صلاح ما قام عليه وما هو تحت نظره • ففيه ان كل من كان تحت نظره شيء فهو مطالب بالعدل فيه والقيام بمصالحه في دينه ودنياه ومتعلقاته »^(٣) •

وعلى هذا ، اذا رأت الحكومة ان صلاح الرعية في احوالهم يقتضي فرض الضرائب لتحصيل المال اللازم لسد حاجتها ، او لتحقيق اغراضها ، فلها ان تفعل ذلك ، لانها مسئولة عن صلاح حال الرعية •

خامسا - قاعدة المصالح المرسلة :

وفرض الضرائب عند الحاجة يجد له سنده من قاعدة المصالح المرسلة وهي قاعدة مشهود لها بالصحة والاعتبار ، وقد اعتمدها بعض

(١) تفسير القرطبي ج٢ ص ٢٤١ ، ٢٤٢ ، تفسير الرازي ، طبعة المطبعة البهية سنة ١٩٣٨ ، ج٥ ص ٢٤ • وآية : ليس البر ، في سورة البقرة ج٢ الآية ١٧٧ •

(٢) اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان ج٢ ص ٢٨٤ •

(٣) المرجع السابق ج٢ ص ٢٨٤ •

- ٢٠٦ -

فقهاء المالكية فيما ذهب اليه من جواز فرض الضرائب على الرعية لحاجة يراها الامام . فقد قال هذا البعض من فقهاء المالكية : « توظيف الخراج على المسلمين من المصالح المرسله . ولا شك عندنا في جوازه وظهور مصلحته في بلاد الاندلس في زماننا لكثرة الحاجة لما يأخذه العدو من المسلمين سوى ما يحتاج اليه الناس وضعف بيت المال عنه ، فهذا يقطع بجوازه الآن في الاندلس . وانما النظر في المقدار المحتاج اليه من ذلك ، وذلك موكل الى الامام » (١) . فهذا الكلام صريح في جواز فرض الضرائب على الرعية عند الحاجة ويقوم على المصلحة المرسله ، ومقدارها مفوض الى رأي الحكومة فهي التي تعين المقدار المناسب نظرا الى حاجتها دون ارهاق على الرعية او تضيق .

سادسا - قاعدة سد الذرائع :

وقاعدة سد الذرائع تقضي بجواز فرض الضرائب عند الحاجة ، لان الدولة الاسلامية اذا لم تجد المال الكافي لسد نفقاتها والتخلص من ضعفها الاقتصادي والعسكري وتخليها في الميادين الاخرى الصحية والاجتماعية وغيرها ، فان حبل الامن فيها يضطرب ، ويشيع فيها القلق ويسري فيها الضعف فيسهل عند ذاك الاستيلاء عليها . فاذا اتجهت الدولة الى فرض الضرائب المناسبة ، ورأت في هذا المسلك اسلوبا صحيحا لدراء هذه المفاسد فاتها لا تكون مخالفة للشرع بناء على أصل سد الذرائع وهو اصل مشهود له بالصحة . قال القراني : « والذريعة كما يجب سدها يجب فتحها فان الذريعة هي الوسيلة ، فكما ان وسيلة المحرم محرمة ، فوسيلة الواجب واجبة كالسعي للجمعة والحج . وموارد

(١) تهذيب الفروق والقواعد السنية في الاسرار الفقهية للشيخ محمد علي بن الشيخ حسين مفتي المالكية ، المطبوع على هامش كتاب الفروق للقراني . وقد نقل المؤلف ما ذكرناه في الصلب عن الشيخ المالقي في كتاب الورع ، بعد ان ذكر عن الشاطبي انه ممن يرى جواز ضرب الخراج على الناس عند ضعفهم وحاجتهم : تهذيب الفروق ج ١ ص ١٤١ .

— ٢٠٧ —

الاحكام على قسمين : مقاصد وهي المتضمنة للمصالح والمفاسد في انفسها ، ووسائل وهي الطرق المفضية اليها ، وحكمها حكم ما افضت اليه من تحريم وتحليل « (١) » .

سابعاً - المال لله :

المال لله ، والناس خلفاء فيه . قال تعالى : « وأنفقوا مما جعلكم مستخلفين فيه » (٢) . قال القرطبي في تفسيره : (مما جعلكم مستخلفين فيه) دليل على ان اصل الملك لله سبحانه ، وان العبد ليس له فيه الا التصرف الذي يرضي الله . . . الى ان قال : « وهذا يدل على انها ليست بأموالكم في الحقيقة ، وما اتم فيها الا بمنزلة النواب والوكلاء . . . » (٣) .

فالملك الحقيقي للمال هو الله تعالى ، وما يد الناس عليه الا يد عارية او يد وكالة ، ومن واجب الوكيل ان يتصرف فيما وكل فيه طبقاً لرأي الموكل وعلى النحو الذي يرضيه ، فاذا قامت مصلحة حقيقية في فرض الضرائب ، فللدولة ان تفرضها لمصلحة الجماعة ، لان الله يرضى بما ينفع الجماعة ويحقق مصلحتها ، حتى ان مصلحتها اعتبرت حقاً لله .

الخلاصة :

١٧٦ - فاذا تبين - من الادلة التي ذكرناها - ان للدولة الحق في فرض الضرائب على الافراد ، فلها ان تفرضها وتنظمها طبقاً لما تراه محققاً للمصلحة والحاجة في الوقت الحاضر ، فتفرضها على المسلمين والذميين في أموالهم التجارية التي في بلدهم وعدم قصرها على ما ينتقلون به من بلد الى آخر . ولها ان تنظم طرق جبايتها بشكل يوافق مقتضيات العصر الحديث ويحقق جبايتها على احسن الوجوه دون تقييد

(١) الفروق للقرافي ج٢ ص ٣٣ .

(٢) سورة الحديد ج٢٧ ، الآية ٧ .

(٣) تفسير القرطبي ج١٧ ص ٢٣٨ .

— ٢٠٨ —

بالاساليب التي ذكرها الفقهاء . ولها ان تحدد مقدارها بما تراه كافيا ، فقد رأينا عمر بن الخطاب ينقص مقدار الضريبة الى النصف بالنسبة للمستأمنين اذا جلبوا طعاما الى المدينة لما رأى ان المصلحة تقتضي ذلك . كما ان للدولة ان تفرض الضرائب على أموالهم الاخرى وعلى مختلف وجوه نشاطهم الاقتصادي وارباحهم وفقا للحاجة والمصلحة . ولها ان تخضع الاجانب — المستأمنين — للضرائب التي تشرعها لانهم يستفيدون من مرافق الدولة ، فلا مانع من خضوع ارباحهم ونشاطهم الاقتصادي للضرائب التي تشرعها الدولة كما هو الشأن بالنسبة للمواطنين ، فضلا عن ان الدولة الحديثة في الوقت الحاضر تخضع الاجانب في اقليمها للضرائب التي تقرها . فيجوز ، اذن ، للدولة الاسلامية ان تعامل الاجانب في بلادها كما يعامل رعاياها في الدول الاجنبية عملا بقاعدة المعاملة بالمثل التي أخذ بها الفقهاء ومن قبلهم عمر بن الخطاب في فرض الضرائب التجارية (العشور) على المستأمنين .

المبحث الرابع

في واجباتهم الاخرى

١٧٧ — وعلى اهل الذمة والمستأمنين واجبات اخرى غير مالية يتزيمون بها قبل الدولة ، وعليهم مراعاتها وعدم مخالفتها . من هذه الواجبات ما يأتي :

أولا - الامتناع عما فيه غضاضة على المسلمين واتقاص لدينهم . مثل ذكر الله سبحانه وتعالى او كتابه أو رسوله أو دينه بسوء . لان اظهار هذه الافعال استخفاف بالمسلمين وازدراء بعقيدتهم ووطن في الاسازم الذي قامت عليه الدولة الاسلامية . وهذا كله لا

- ٢٠٩ -

يجوز • والذميون لم تعقد لهم الذمة على المجاهرة بهذه الامور •
والحق ان الامتناع عن هذه الافعال ليس واجبا على الذمين فقط ،
بل هو واجب ايضا على المسلمين ، حتى ان المسلم اذا خالف هذا
الواجب ارتد عن الاسلام • وانما ذكرت هذا الواجب بالنسبة للذمي
لانه اذا خالفه فان عهده ينتقض على رأي كثير من الفقهاء كما ذكرنا
من قبل (١) •

والمستأمن في هذا الواجب وما يترتب على مخالفته كالذمي •
يدل على ذلك ان يهودية كانت موادة ، مستأمنة غير ذمية ، قد شتمت
الرسول (ص) فأهدر دمها ولم يعاقب قاتلها (٢) • وأُس بن زعيم
من بني بكر هجا رسول الله (ص) فأهدر دمه ، مع انه لم يكن ذميا
وانما كان موادعا ، فهو في حكم المستأمن (٣) •

ثانيا - وعلى اهل الذمة الامتناع عن اظهار بيع الخمر
والخنازير في امصار المسلمين أو ادخالها فيها على وجه الشهرة
والظهور ، وهذا هو المنقول عن عمر بن الخطاب وعلي بن ابي طالب •
والحجة لهذا القول ان امصار المسلمين تقام فيها شعائر الاسلام
الظاهرة ، وفي اظهار بيع الخمر والخنازير فيها استخفاف بالمسلمين ،
وما عقدنا لهم الذمة على الاستخفاف بالمسلمين (٤) • بل ويمنعون من
هذا الفعل في امصار المسلمين ولو شرط لهم جوازه في عقد الذمة ،
لانه شرط باطل ، والشرط الباطل لا يجوز الوفاء به (٥) • والحق ان
هذا المنع ليس فيه تضيق على الذمين ، لانهم اذا كانوا يمتقدون حل
الخمر واكل الخنزير واقرؤا على ذلك فليس من لوازم هذا الاقرار

(١) فقرة ٣٠ ص ٤٣ من هذه الرسالة •

(٢) الصارم السلول على شاتم الرسول للامام ابن تيمية ص ٦٠ - ٦١ •

(٣) المرجع السابق ص ٨٠٦ •

(٤) مختصر الفتاوي لابن تيمية ص ٥٠٢ ، تفسير القرطبي ج ٨ ص ١١٣ ،

الغني ج ٨ ص ٥٣٣ ، شرح الخرخشي ج ٣ ص ١٤٨ - ١٤٩ ، شرح

السير الكبير ج ٣ ص ٢٥١ ، ٢٥٥ •

(٥) شرح السير الكبير ج ٣ ص ٢٦١ •

- ٢١٠ -

اظهارهم بيع الخمر والخنازير في امصار المسلمين او ادخالها على وجه الشهرة والظهور . فضلا عما قد يترتب على ذلك من اغراء بعض سفهاء المسلمين وحملهم على تناول هذه المحرمات ، وهذا لا يجوز .

الا ان لاهل الذمة اظهار بيع الخمر والخنازير في قراهم وامصارهم ، لان المنع من ذلك مختص بامصار المسلمين ولانه لا يترتب على هذا الاظهار ما قلناه فيما لو اظهروا هذا البيع في امصار المسلمين^(١) .

وينع اهل الذمة من اظهار فسق يعتقدون حرمة كالفواحش ونحوها كما ينع المسلم منها ، سواء كان ذلك في امصار المسلمين أو في امصارهم^(٢) . والاصل في منعهم من كل منكر محرم في دياتهم هو ما روي عن النبي (ص) انه كتب الى أهل نجران يمنهم من الربا . والربا محرم في دياتهم كما هو محرم في ديننا ، بدليل قوله تعالى « وأخذهم الربا وقد نهوا عنه »^(٣) .

والمستأمن كالذمي في لزوم الامتناع عما ذكرناه . لان هذه الافعال منكرات لاتقرها الدولة الاسلامية ، فهي من قبيل الامور المتعلقة بالنظام العام للدولة الاسلامية التي لا تجوز مخالفتها من قبل أي شخص . وأيضا فان المستأمن يلتزم احكام الاسلام ما دام في دارنا كما يلتزم بها الذمي^(٤) .

(١) المرجع السابق ص ٢٥٤ .

(٢) المرجع السابق ص ٢٦٠ - ٢٦١ ، الكاساني ج ٧ ص ١١٣ - ١١٤ .

(٣) شرح السير الكبير ج ٣ ص ٢٦٠ ، وآية واخذهم الربا في سورة النساء ج ٦ ، الآية ١٦١ .

(٤) الكاساني ج ٧ ص ١٣٣ .

الباب الثاني

الجرائم والعقوبات

١٧٨ - منهج البحث :

نقدم لهذا الباب تمهيدا عاما للتعريف بالجريمة في الشريعة الاسلامية وبيان أنواعها ، وعقوباتها ، ومدى سريان القانون الجنائي الاسلامي . ثم نتكلم بعد ذلك عن جرائم الذميين والمستأمنين المضرة بأمن الدولة وسلامتها ، وعن جرائمهم ضد الاشخاص والاعراض والاموال ، وعن جرائم المسلمين ضد الذميين والمستأمنين والعقوبات المقررة لجميع هذه الجرائم . وعلى هذا سنقسم هذا الباب الى تمهيد عام وخمسة فصول على النحو التالي :

تمهيد عام

في الجرائم المضرة بأمن الدولة وسلامتها	الفصل الاول
في جرائم الاعتداء على النفس	الفصل الثاني
في جرائم الاعتداء على مادون النفس	الفصل الثالث
في جرائم الاعتداء على الاعراض	الفصل الرابع
في جرائم الاعتداء على الاموال	الفصل الخامس

مهرج عام

١٧٩ - القانون الجنائي الاسلامي من فروع القانون العام :

في الشريعة الاسلامية احكام خاصة بالجرائم والعقوبات ، وهذه الاحكام تقابل ما يسمى في الوقت الحاضر بالقانون الجنائي^(١) .
والذي عليه علماء القانون في الوقت الحاضر اعتبار القانون الجنائي من فروع القانون العام لا الخاص^(٢) . فالقانون الجنائي الاسلامي يعتبر من فروع القانون العام حسب اصطلاح علماء القانون . ولا ينتقض قولنا هذا بالقول بان جرائم الاعتداء على النفس وعلى ما دون النفس تصيب مصالح الافراد خاصة ولهذا جعلت الشريعة الاسلامية القصاص في هذه الجرائم حقا للفرد المصاب نفسه أو لوليه ، مما يدل على ان القانون الجنائي الاسلامي يدخل في نطاق القانون الخاص لا العام . لاننا نقول ان القصاص وان كان من حق العبد الا ان فيه حقا لله ، أي حق المجتمع . وبيان ذلك ان الحنفية تقسمون الحقوق بالنسبة الى من تضاف اليه الى اربعة أقسام : حقوق خالصة لله ، وحقوق خالصة للعبد ، وما اجتمع فيه الحقان وحق الله فيه غالب ، وما

(١) القانون الجنائي هو القانون الذي يبين الجرائم المعاقب عليها ، اذ لا عقوبة بغير نص ، وقدر العقوبة في كل جريمة . فهو يحدد علاقة الفرد بالدولة من ناحية الافعال المنهى عنها ، والتي اذا ارتكبها الفرد اعتبر خارجا على المجتمع واستحق العقاب : اصول القانون للدكتور السنهوري والدكتور حشمت ابي ستيت ص ١٨٦ - ١٨٧ .

(٢) يرى بعض الكتاب ان القانون الجنائي فرع من فروع القانون الخاص بحجة ان الجريمة تصيب في جميع الحالات مصالح فردية قبل أي اعتبار آخر . الا ان هذا الرأي منتقد لان ضرر الجريمة لا يقتصر على الافراد بل يمتد الى المجتمع وفضلا عن ذلك فان هناك جرائم تصيب الدولة نفسها : شرح قانون العقوبات العراقي - القسم العام - للدكتور مصطفى كامل ص ٤ - ٥ .
اصول القانون للسنهوري وحشمت ص ١٨٧ .

اجتمع فيه الحقان وحق العبد غالب . فحق الله هو ما تعلق به النفع العام للعالم وحفظ النظام العام فيه من غير اختصاص بأحد . وانما نسب الى الله تعالى لعظم خطره وشمول نفعه ، مثل عقوبة الزنى والسرقة وقطع الطريق . وحق العبد ما تعلق به مصلحة خاصة دينوية كحرمة مال الغير . وما اجتمع فيه الحقان وحق الله فيه غالب عقوبة القذف . وما اجتمع فيه الحقان وحق العبد فيه غالب القصاص ^(١) . فالقصاص فيه حق الفرد وحق المجتمع ، وحق الفرد هو الغالب . لان جرائم القصاص تصيب الفرد مباشرة فيكتوي هو بنارها وان كان ضررها يسري الى المجتمع . فكان في جعل القصاص حقا للعبد رعاية ظاهرة لهذا الحق مع رعاية لحق المجتمع ، لما في القصاص من ردع المجرمين وفي هذا فائدة أكيدة للمجتمع .

ولوجود حق الله في القصاص صار للدولة الحق في معاقبة الجاني ولو عفا عنه اولياء القتيل ، وفي هذا يقول المالكية : « اذا عفي عن القاتل العمد على الدية فان على القاتل الدية ويستحب له الكفارة ويضرب مائة ويحبس سنة » ^(٢) .

١٨٠ - تعريف الجريمة :

عرف فقهاء الشريعة الاسلامية الجرائم بانها محظورات شرعية زجر الله تعالى عنها بحد أو تعزير ^(٣) . ويفهم من هذا التعريف ، ان

(١) شرح التلويح على التوضيح لسعد الدين التفتازاني ج ٢ ص ١٥١ وما بعدها . كفاية المتخصصين لاستاذنا الشيخ محمد فرج السنهوري ص ٥ وما بعدها . مباحث الحكم لاستاذنا محمد سلام مذكور ص ١١٩ . وعند الشاطبي ، حق الله هو عبادته بامتثال اوامره واجتناب نواهيه . وما من حكم شرعي الا وفيه ناحية التعبد ، وهي حق الله . وحق العبد هو ما روعي فيه مصلحته سواء اكانت هذه المصلحة دينوية أم أخروية ، عامة أم خاصة . فالحقان متلازمان ، وقد يقلب احدهما الآخر : الموافقات للشاطبي ج ٢ ص ٣١٧ - ٣١٨ .

(٢) تبصرة الحكام لابن فرحون المالكي ج ٢ ص ٢٥٩

(٣) الماوردي ص ٢١١ ، ابو يعلى الحنبلي ص ٢٤١ . المدخل للفقهاء الاسلامي لاستاذنا محمد سلام مذكور ص ٧٥١ .

- ٢١٤ -

المحظورات اذا لم تكن من قبل الشرع فانها لا تكون جرائم شرعية .
وان المحظورات الشرعية اذا لم يكن لها عقاب من قبل الشرع فانها
لا تعتبر جريمة . وعليه يمكن ان يقال ان الجريمة في الشريعة الاسلامية :
(فعل أو ترك نصت الشريعة الاسلامية على تحريره والعقاب عليه)^(١) .

١٨١ - أنواع الجرائم :

الجرائم على اختلاف أنواعها يجتمعها جامع واحد هو انها
محظورات شرعية معاقب عليها . وقد قسمها الفقهاء الى ثلاثة أنواع
بالنظر الى نوع عقوبتها ، وهي : جرائم الحدود . وجرائم القصاص
والديات . وجرائم التعزير^(٢) .

١٨٢ - جرائم الحدود :

وهي الزنى ، والقذف ، وشرب الخمر ، والسرقة ، والحراصة
(قطع الطريق) ، والردة ، والبغي على خلاف فيه^(٣) .

والحد في اللغة المنع ومنه سمي البواب حدادا لمنعه الناس من

- (١) التشريع الجنائي الاسلامي للمرحوم عبد القادر عوده ج ١ ص ٦٦ ،
والقوانين العقابية الحديثة ، عرفت الجريمة بانها « عمل أو امتناع
يرتب القانون على ارتكابه عقوبة جنائية » : شرح قانون العقوبات ،
القسم العام ، للدكتور محمود محمود مصطفى ص ١٤٠ .
- (٢) وقانون العقوبات المصري (العربي) رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ جعل
الجرائم ثلاثة أنواع هي : الجنائيات والجنح والمخالفات : المادة الثالثة
منه ، وبني هذا التقسيم على أساس مقدار العقوبة ونوعها كما هو
واضح في مواده من ١٠ - ١٢ . وكذلك سلك قانون العقوبات
البفداي ، فقسم الجرائم الى جنائيات وجنح ومخالفات ، وحدد
كل نوع على أساس نوع العقوبة ومقدارها : المواد من ٦ - ٨ منه .
- (٣) التعزير في الشريعة الاسلامية للدكتور عبد العزيز عامر ص ٥ ،
التشريع الجنائي الاسلامي للمرحوم عبد القادر عوده ج ١ ص ٧٩ .
وقال الكاساني في بدائنه : الحدود خمسة أنواع وهي : حد السرقة
 وحد الزنى وحد الشرب وحد السكر وحد القذف : الكاساني ج ٧
ص ٣٣ . وفي رد المحتار لابن عابدين ج ٣ ص ١٩٣ : وهي ستة أنواع :
حد الزنى وحد شرب الخمر خاصة وحد السكر من غيرها وحد
القذف وحد السرقة وحد قطع الطريق .

— ٢١٥ —

الدخول . وفي الشرع عقوبة مقدرة وجبت حقا لله تعالى ^(١) . وبعض الفقهاء يعرف الحد بأنه العقوبة المقدرة شرعا . ولا يقيد بها بكونها حقا لله تعالى ، فيسمى القصاص ، بهذا الاعتبار ، حدا أيضا ^(٢) .

١٨٢ - جرائم القصاص والديات :

وهذه هي جرائم الاعتداء على النفس (القتل) أو على مادون النفس كالجروح وقطع الاطراف . ويسمونها الفقهاء بالجنايات على النفس أو على ما دون النفس ^(٣) . وعقوبة هذه الجرائم القصاص أو الدية ، والكفارة أيضا في جرائم القتل دون غيرها . أما القصاص فمعناه ان يفعل بالجاني مثل فعله هو بالمجني عليه ، من قولك اقتص ائر فلان اذا فعل مثل فعله ^(٤) . واما الدية فهي المال الواجب بالجناية على نفس او طرف ^(٥) ، أي على النفس أو على ما دون النفس . ولولي القتيل ان يعفو عن القصاص ^(٦) ، كما له ان يعفو عن الدية لانها حقه ^(٧) . وكذلك في الاعتداء على مادون النفس ، للمجني عليه ان يعفو عن الجاني ^(٨) . واما الكفارة فهي عقوبة فيها معنى العبادة وتكون بعقوبة مؤمنة أو بالصيام كما سنذكره فيما بعد .

١٨٤ - جرائم التعزير :

التعزير لغة التأديب ^(٩) . وشرعا تأديب على معاص لم تشرع فيها

- (١) الكاساني ج ٢ ص ٥٦ ، الهداية ج ٤ ص ١١٢ .
- (٢) فتح القدير ج ٤ ص ١١٣ . الماوردي ص ٢١٣ - ٢١٥ ، ابو يعلى الحنبلي ص ٢٤٤ - ٢٤٧ .
- (٣) الكاساني ج ٧ ص ٢٣٣ .
- (٤) احكام القرآن للخصاص ج ١ ص ١٣٣ .
- (٥) حاشية سعدي جلبي ج ٨ ص ٣٠٠ .
- (٦) الكاساني ج ٧ ص ٢٤٦ ، الماوردي ص ٢٢٢ ، ابو يعلى الحنبلي ص ٢٥٦ .
- (٧) الشريعة الجنائي الاسلامي للمرحوم عبد القادر عوده ج ١ ص ٨١ .
- (٨) ابو يعلى الحنبلي ص ٢٦٠ .
- (٩) المنجد ص ٥٢٥ .

عقوبات مقدرة (١) . فالتعزير عقوبة لم يحدد الشارع مقدارها . وجرائم التعزير هي المحظورات الشرعية التي ليس لها عقوبة مقدرة من الشارع ، مثل الخلوة بأجنبية وأكل الربا والقذف بغير الزنى وخيانة الامانة ونحو ذلك (٢) .

والامام هو الذي يقدر عقوبة التعزير . ولهذا قال الفقهاء ان من الفرق بين الحد والتعزير ان الحد مقدر ، والتعزير مفوض الى رأي الامام (٣) . والامام ، أو نائبه ، كالقاضي ، في تقديره عقوبة التعزير ، لا يصدر عن هوى وانما يلاحظ جسامه الجريمة وظروفها ومقدار ضررها ، وحال الجاني من كونه من ذوي المروآت ، ولم يرتكب من قبل جريمة ، أو كونه من ذوي السوابق والاجرام . كما يلاحظ ما به يتم انزجار الجاني وعدم عوده الى مثل فعله في المستقبل (٤) . وعلى ضوء هذه الامور كلها يقدر الامام أو القاضي العقوبة المناسبة للجريمة . ويجب التعزير على كل عاقل بالغ اذا ارتكب شيئا من جرائم التعزير سواء كان حرا أو عبدا ، ذكرا أو اثنى ، مسلما أو كافرا . أما الصبي العاقل فيعزر تأديبا لا عقوبة (٥) . كما يجب التعزير سواء كان المجني عليه مسلما أو كافرا (٦) .

١٨٥ - سريان القانون الجنائي الاسلامي من حيث المكان :

المبدأ المأخوذ به في التشريعات الحديثة هو مبدأ اقليمية القانون الجنائي . وهذا المبدأ له شقان : الاول ان القانون الجنائي في دولة

- (١) تبصرة الحكام لابن فرحون المالكي ج ٢ ص ٢٥٨ ، الماوردي ص ٢٢٧ أبو بعلی الحنبلي ص ٢٦٣ .
- (٢) السياسة الشرعية لابن تيمية ص ١١٩ - ١٢٠ ، رد المحتار ج ٣ ص ٢٥١ ، تبصرة الحكام لابن فرحون ج ٢ ص ٢٥٩ .
- (٣) رد المحتار ج ٣ ص ٢٤٥ .
- (٤) السياسة الشرعية لابن تيمية ص ١٢٠ ، تبصرة الحكام لابن فرحون ج ٢ ص ٢٦٤ .
- (٥) الكاساني ج ٧ ص ٦٣ - ٦٤ .
- (٦) الدر المختار ورد المحتار ج ٣ ص ٢٦٠ .

ما يطبق في اقليسيها فقط ، فيحكم كل ما يقع على اقليسيها من جرائم أيا كانت جنسية مرتكبيها . والشق الثاني لهذا المبدأ هو ان القانون الجنائي لا يمتد الى خارج اقليم الدولة ، فلا سلطان له على ما يقع هناك من جرائم .

ولكن ترد على هذا المبدأ بشقيه استثناءات تعطل تطبيقه داخل الاقليم أو تمد من سلطانه الى خارج هذا الاقليم ^(١) . وقد أخذ كل من القانون الجنائي المصري « العربي » والعراقي بهذا المبدأ ^(٢) .

والقانون الجنائي الاسلامي في أصله قانون عالمي ، لانه جزء من الشريعة الاسلامية ، وهي بطبيعتها شريعة عالمية لا اقليلية تطبق على الناس كافة في جميع بقاع الارض ، وهم مخاطبون بأحكامها . ولكن لعدم ولاية دار الاسلام على ما سوى اقليسيها فقد تعذر تطبيقها في خارج اقليسيها . وعلى هذا فالشريعة الاسلامية من حيث الناحية النظرية العلية شريعة عالمية ومن حيث الواقع والضرورات العلية شريعة اقليلية . وفي هذا يقول الامام ابو يوسف : « ولان الاصل في الشرائع هو العموم في حق الناس كافة الا انه تعذر تنفيذها في دار الحرب لعدم الولاية وأمكن في دار الاسلام فلزم التنفيذ فيها » ^(٣) .

فالقانون الجنائي الاسلامي ، اذن ، قانون اقليسي من حيث الواقع .

(١) شرح قانون العقوبات المصري - القسم العام - للدكتور محمود محمود مصطفى ص ٥٨ : وشرح قانون العقوبات العراقي - القسم العام - للدكتور مصطفى كامل ص ٩٥ - ٩٦ .

(٢) جاء في المادة الاولى من قانون العقوبات المصري رقم ٥٨ لسنة ١٩٥٧ وتعديلاته : « تسري احكام هذا القانون على كل من يرتكب في القطر المصري جريمة من الجرائم المنصوص عليها فيه » .

وجاء في قانون العقوبات البغدادي الصادر في ٢١ نوفمبر سنة ١٩١٨ وتعديلاته في الفقرة الاولى من المادة الثانية : « تسري احكام هذا القانون على كل من يرتكب في العراق اية جريمة تدخل ضمن نطاق احكامه » .

(٣) الكاساني ج ٢ ص ٣١١ .

فينطبق على جميع الجرائم التي تقع في دار الاسلام بغض النظر عن جنسية مرتكبيها أو دياتهم . فيطبق على المسلمين والذمين والمستأمنين ، وهذه هي القاعدة العامة . الا ان في بعض جزئياتها اختلافا قليلا بين الفقهاء بالنسبة الى الذمين ، واختلافا أكثر بالنسبة الى المستأمنين . فأبو حنيفة وصاحبه محمد ، مثلا ، لا يريان اقامة الحدود ، التي هي محض حق الله تعالى ، كحد الزنى ، على المستأمن ^(١) ، كما سنبينه فيما بعد .

وقد استثنى جمهور الفقهاء ، من المالكية والحنابلة والشافعية والحنفية في ظاهر الرواية عندهم ، الذمين والمستأمنين من عقوبة شرب الخمر لانهم لا يؤمنون بحرمتها ^(٢) . وذهب الفقهاء الاخرون الى غير ما ذهب اليه الجمهور ، فعند الظاهرية تجب عقوبة شرب الخمر على شاربيها مسلما كان أو غير مسلم ^(٣) . وعند الشيعة الامامية يحدون اذا تظاهروا بشرب الخمر ^(٤) . وعند الزيدية يحدون اذا سكروا لتحريم السكر عليهم ^(٥) . وعن الحسن بن زياد يحدون اذا

(١) شرح السير الكبير ج ١ ص ٢٠٧ : ج ٤ ص ١٠٨ ، الكاساني ج ٧ ص ٣٣٥ ، المبسوط ج ٣ ص ١٢١ ، الهداية ج ٤ ص ١٥٤ ، فتح القدير ج ٤ ص ١٥٥ - ١٥٦ . الام للشافعي ج ٦ ص ٤٠ ، المهذب ج ٢ ص ٢٧٣ ، ٢٨٩ . المغني ج ٨ ص ٤٠١ - ٤٠٢ ، كشف القناع ج ١ ص ٦٩٩ ، ٧١١ ، شرح منتهى الارادات ج ١ ص ٧٤١ . شرح الخرخشي ج ٨ ص ١٠٢٠٦٣ . المحلى لابن حزم ج ٩ ص ٤٢٥ سفينة النجاة ج ٢ ص ٧٤ ، الخلاف للطوسي ج ٣ ص ٢٤٢ . شرح الازهار ج ٣ ص ٣٨٩ ، ٥٧١ ، والبحر الزخار ج ٥ ص ١٤٨ وما بعدها . اختلاف الفقهاء للطبري ص ٥٤ ، الجريمة والعقوبة لاساذنا محمد ابو زهرة ص ٣٣٣ وما بعدها ، التشريع الجنائي الاسلامي للمرحوم عبد القادر عودة ج ١ ص ٢٨٥ ، ٢٨٧ .

(٢) الكاساني ج ٧ ص ٣٩ ، شرح الخرخشي ج ٨ ص ١٠٨ ، كشف القناع ج ٤ ص ٥٥ ، مغني المحتاج ج ٤ ص ١٨٧ .

(٣) المحلى ج ١١ ص ٣٧٢ .

(٤) سفينة النجاة ج ٢ ص ٧٢ ، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ج ٢ ، الفصل الرابع ، كتاب الحدود .

(٥) شرح الازهار ج ٤ ص ٣٦١ ، البحر الزخار ج ٥ ص ٤٦٢ .

شربوا وسكروا لأجل السكر لا لأجل الشرب ^(١) .

١٨٦ - وارجع الاقوال عندي قول الزيدية ، فيعز غير المسلم اذا سكر لأن السكر مفسد للعقول ، والشرائع السماوية لا تبيح ما هو مفسد للعقول . ومما يدل على عدم اباحة السكر عند النصارى ما جاء في الانجيل : « اما تعلمون ان الظالمين لا يرثون ملكوت الله . لا تضلوا ، انه لا الزناة ولا عباد الاوثان ولا الفجار ولا مضاجعو الذكور ولا السارقون ولا الظالمون ولا السكيرون ولا الشتامون ولا الخاطفون يرثون ملكوت الله » ^(٢) . ولكن ورد في الانجيل ما يدل على اباحة شرب الخمر ، فقد ورد فيه : « ... فقال لهم يسوع املؤا الاجاجين ماء فملؤها الى فوق ، وقال لهم استقوا الان وناولوا رئيس التكاة .. ولما ذاق رئيس التكاة ذلك الماء المتحول خمرًا » ^(٣) . فهذا الكلام يدل على اباحة شرب الخمر ، ولكن يحمل - في نظرنا - على الشرب دون السكر .

١٨٧ - سريان القانون الجنائي الاسلامي خارج دار الاسلام :

اولا - فيما يخص جرائم المستأمنين :

لا يسأل الحربي المستأمن في دار الاسلام عن جرائمه في دار الحرب باجماع الفقهاء ^(٤) ، لعدم ولاية الدولة الاسلامية على دار الحرب ولا

(١) الكاساني ج ٧ ص ٤٠ . والحسن بن زياد من تلاميذ الامام ابي حنيفة . ولي القضاء ثم استعفى منه . توفي سنة ٢٠٤ هـ : طبقات الفقهاء لطاش كبرى زاده ص ١٨ - ١٩ .

(٢) انجيل يوحنا ، الاصحاح السادس ، مطبعة الاباء الدومنيكيين في الموصل ، في العراق ، سنة ١٨٩٩ ، الطبعة الثانية ، ص ٤٧٤ .

(٣) انجيل يوحنا ، الاصحاح الثاني ص ٢٥٥ - ٢٥٦ .

(٤) اختلاف الفقهاء للطبري ص ٥٩ - ٦٠ : « واجمعوا ان جنابات اهل الحرب بعضهم على بعض في دار الحرب ، وغصب بعضهم بعضا فيها قبل الاسلام موضوعة ، وأن ليس لحاكم المسلمين ان ينظر في ذلك اذا أسلموا أو دخلوا دار الاسلام بأمان » . والبحر الرخارج ص ٤١١ .

على الحربي في داره (١) .

ثانيا - جرائم المسلمين والذميين في دار الحرب :

ذهب جمهور الفقهاء الى سريان القانون الجنائي الاسلامي على رعايا دار الاسلام في دار الحرب ، فيعاقبون على جرائمهم فيها اذا رجعوا الى دار الاسلام . فاذا زنى أحدهم هناك ثم رجع الى دار الاسلام فأقر بزناه أمام القاضي المسلم اقرارا لا شبهة فيه فإن القاضي يقيم عليه الحد . واذا قذف مسلما هناك أقام القاضي المسلم عليه الحد بعد ثبوت القذف . وحجة هذا الرأي ان المسلم باسلامه التزم احكام الاسلام فلا يفارقه هذا الالتزام أينما كان واني ذهب . وان الذمي بعقد الذمة التزم هو الاخر احكام الاسلام فلا ينفك عنه هذا الالتزام الا اذا نقض العهد . وانه اذا تعذر تنفيذ العقوبة على المسلم والذمي في دار الحرب فان التنفيذ ممكن في دار الاسلام اذا رجعا اليها (٢) .

(١) الكاساني ج ٢ ص ٣١١ ، التشريع الجنائي الاسلامي للمرحوم عبد القادر عودة ج ١ ص ٢٨٧ ، الجريمة والعقوبة لاستاذنا محمد أبو زهرة ص ٢٣٧ - ٢٣٨ .

(٢) فتح القدير ج ٤ ص ١٥٢ : « ومن زنى في دار الحرب ثم خرج الى دار فاجر عند القاضي لا يقام عليه الحد . وعند الشافعي ومالك يحد . لانه التزم باسلامه احكام الاسلام اينما كان مقامه » .

المفني ج ٨ ص ٢١٩ : « ويجب الحد على القاذف في غير دار الاسلام . وبهذا قال الشافعي » . المهذب ج ٢ ص ٢٥٨ : « ومن قتل في دار الحرب قتلا يوجب القصاص او اتى بمعصية توجب الحد وجب عليه ما يجب في دار الاسلام لانه لا تختلف الداران في تحريم الفعل فلم تختلفا فيما يجب به من العقوبة » . المدونة الكبرى ، طبعة المطبعة الخيرية ، ج ٤ ص ٣٨٤ : « قال ارايت لو أن مسلما دخل دار الحرب بأمان فزنى بحرية فقامت عليه بذلك يئنة من المسلمين أو أقر بذلك على نفسه . قال : يحد في رأيي » . وتقس المرجع ج ٤ ص ٤٢٥ ، المحلى لابن حزم ج ١٠ ص ٣٦٠ البحر الزخار ج ٥ ص ٤٠٩ : « واذا فعل مسلم في دار الحرب ما يوجب الحد حده الامام أو أميره حيث له ولاية على اقامته وله التأخير لمصلحة . وقال ابو حنيفة لا حد عليه . . . قلنا لا تفصل أدلة الحدود بين مكان ومكان » . التشريع الجنائي الاسلامي للمرحوم عبد القادر عودة ج ١ ص ٢٩٧ . والمدخل للفقهاء الاسلاميين لاستاذنا محمد سلام مذكور ص ٧٥٢ .

أما الحنفية فانهم يرون عدم سريان أحكام القانون الجنائي الاسلامي على جرائم المسلمين والذميين في دار الحرب . فاذا دخل أحدهم دار الحرب فزنى أو سرق أو قذف مسلما فانه لا يعاقب على شيء من ذلك اذا رجع الى دار الاسلام . وحجتهم في ذلك أن دار الاسلام لا ولاية لها على دار الحرب فلا تجب العقوبة ، لان وجوبها بالقدرة على تنفيذها ، فاذا تعذر التنفيذ لانعدام القدرة لم تجب العقوبة . وقالوا أيضا ، ان الغرض من وجوب اقامة العقوبة هو زجر الجاني ، والانزجار يحصل باستيفاء العقوبة ، وحيث ان الاستيفاء متعذر لانقطاع ولاية الامام على دار الحرب فان الانزجار - وهو الغرض من العقوبة - لا يتحقق ، فلا يبقى لوجوبها فائدة ، فلا تجب . واذا قيل ان تنفيذها في دار الاسلام ممكن ، فتبقى العقوبة ، قالوا ان الجريمة في دار الحرب وقعت غير موجبة للعقوبة اصلا لما ذكر ، فلا تنقلب بعد ذلك موجبة للعقاب ، فلا يعاقب فاعلها في دار الاسلام اذا رجع اليها . وهذا بخلاف ما لو ارتكب المسلم أو الذمي جريمة في دار الاسلام ثم هرب الى دار الحرب فان هربه لا يسقط العقوبة ، لان الفعل وقع موجبا للعقوبة فلا تسقط بالهرب (١) .

والرأي الراجح هو ما ذهب اليه الجمهور . وما قاله الاحناف
لا ينهض حجة لما ذهبوا اليه ، لأن الجريمة شر وفساد في الارض ، وهذا الوصف لا يصق بها ، ولا يزول عنها اينما كان محل ارتكابها . فجريمة الزنى ، مثلا ، لا يتصور انفكاكها عن الفساد والقبح سواء ارتكبت في دار الاسلام أو في دار الحرب . وحيث ان وصف الفعل بالجرام يبقى قائما فلا بد ان يترتب عليه أثره وهو العقاب . وتعذر العقاب لما منع لا يسقط العقاب وانما ينتظر امكان استيفائه ، كالمدين اذا تعذر استيفاء الدين منه ، لافلاسه أو لغيته أو لهربه ،

(١) الهداية وفتح القدير ج ٤ ص ١٥٢ ، ١٥٣ ، ٤١٣ ، العناية على الهداية ج ٤ ص ١٥٢ - ١٥٣ ، الكاساني ج ٧ ص ١٣١ .

— ٢٢٢ —

فان الدين لا يسقط وانما يتأخر الاستيفاء ، فكذا هنا ، وايضا فان رعايا دار الاسلام ، من مسلمين وذميين ، يلزمهم العمل على منع الاجرام لانه فساد ، لا ان يشتركوا هم في الاجرام والافساد ... وهذا فضلا عن ان نصوص الشريعة لا تفرق في وجوب العقوبة بين جريمة وقعت في دار الاسلام وبين جريمة وقعت في دار الحرب .

١٨٨ - ما عليه العمل في الوقت الحاضر :

قلنا ان مبدأ اقلية القانون الجنائي مأخوذ به في الجمهورية العربية المتحدة والعراق . ولكن يرد على هذا المبدأ بعض الاستثناءات ، فقد جاء في المادة الثانية من قانون العقوبات المصري « العربي » رقم ٥٨ لسنة ١٩٥٧ وتعديلاته : « تسري أحكام هذا القانون أيضا على الاشخاص الآتي ذكرهم : ... ثانيا - كل من ارتكب في خارج القطر جريمة من الجرائم الآتية : أ - جناية مخلة بأمن الحكومة مما نص عليه في البابين الاول والثاني من الكتاب الثاني من هذا القانون . ب - جناية تقليد أو تزيف أو تزوير عملة ورقية أو معدنية مما نص عليه في المادة ٣٠٢ ، أو جناية ادخال تلك العملة الورقية أو المعدنية المقلدة ... الخ » . ونص هذا القانون ايضا على سريانه على رعايا الجمهورية العربية المتحدة اذا ارتكبوا في خارجها فعلا يعتبر جناية أو جنحة بموجب هذا القانون ، فيعاقبون بمقتضى أحكامه اذا كان الفعل معاقبا عليه بمقتضى قانون البلد الذي ارتكب الفعل فيه ^(١) .

وفي العراق ، نصت الفقرة (ب) من المادة الثانية من قانون العقوبات البغدادي على سريان أحكام هذا القانون على « كل عراقي يرتكب خارج العراق أية جريمة تدخل ضمن نطاق أحكام هذا القانون ضد سلامة المملكة » الجمهورية العراقية أو عملتها أو طوابعها أو سندات المالية » . كما نص هذا القانون على معاقبة الاجنبي اذا ارتكب هذه الجرائم خارج

(١) المادة الثالثة من قانون العقوبات المصري « العربي » .

— ٢٢٣ —

العراق اذا ما القي القبض عليه في العراق (١) . ونص هذا القانون أيضا على سريانه على : « كل عراقي يرتكب خارج العراق أية جناية أو جنحة تدخل ضمن نطاق أحكام هذا القانون اذا كان قانون تلك المملكة يعاقب عن تلك الجريمة » (٢) .

وهذه الاحكام التي نص عليها القانونان العربي والعراقي تماثل رأي جمهور الفقهاء في مسألة سريان القانون الجنائي الاسلامي على جرائم رعايا دار الاسلام في دار الحرب . ولكن تخالف رأي جميع الفقهاء من جهة سريانها على الاجانب ، لان الفقهاء لا يرون مؤاخذه الحريين على جرائمهم في دارهم كما قلنا . ويلاحظ أخيرا ان رأي الجمهور في سريان القانون الجنائي الاسلامي خارج دارالاسلام بالنسبة الى رعايا الدولة الاسلامية لا يزال هو المطبق في المملكة العربية السعودية ، لانها تتبع المذهب الحنبلي ، والحنابلة مع الجمهور في هذه المسألة .

(١) الفقرة (ج) من المادة الثانية من قانون العقوبات البغدادي .
(٢) الفقرة (د) من المادة الثانية من قانون العقوبات البغدادي .

الفصل الأول

الجرائم المضرة بأمن الدولة وسلامتها

١٨٩ - الجرائم عموماً مضرّة بالمصلحة العامة لما فيها من الفساد والاعتداء على أمن الجماعة واستقرارها . فهي بهذا الاعتبار مضرّة بأمن الدولة وسلامتها واستقرارها ، ولهذا تحرص الدولة على استئصال الجرائم ومعاقبة مرتكبيها . ومع أن الجرائم عموماً مخلة بالمصلحة العامة وأمن الدولة ، إلا أن هذا الاختلال ليس سواء في جميع الجرائم . فمن الجرائم ما يظهر فيها عنصر المناقضة لأمن الدولة وسلامتها بصورة واضحة جلية ، ولهذا تفرد الدول في قوانينها الجنائية أبواباً خاصة لهذا النوع من الجرائم ^(١) .

والجرائم في الشريعة الإسلامية كلها مضرّة بمصلحة الجماعة ، وأمن الدولة ولطمأنيتها وسلامتها . إلا أن بعض الجرائم يظهر فيها الاختلال بأمن الدولة وسلامتها بصورة واضحة . ومن هذه الجرائم ، كما يبدو لنا من طبيعتها وآثارها ، جريمة قطع الطريق ، والبغي ، والتجسس . وليس معنى هذا أن الجرائم المضرة بأمن الدولة وسلامتها مقصورة على

(١) خصص قانون العقوبات المصري « العربي » الباب الأول من الكتاب الثاني للجرائم المضرة بأمن الحكومة من الخارج ، وذكر هذه الجرائم في المواد ٧٧ - ٨٥ . وخصص الباب الثاني من الكتاب الثاني للجرائم المضرة بأمن الحكومة من جهة الداخل ، وذكر هذه الجرائم في المواد من ٨٧ - ١٠٢ . وفي العراق ، نص القانون رقم ٨ لسنة ١٩٥٩ ، قانون تعديل قانون العقوبات البغدادي ، على الجرائم المضرة بأمن الدولة الخارجي ، وخصص لها المواد من ١ - ١٢ من الفصل الأول من الباب الثاني عشر . وخصص المواد من ١٣ - ١٨ من هذا الفصل لجرائم التجسس . وخصص المواد من ٨٠ - ٨٣ من الباب الثالث عشر للجرائم المضرة بأمن الدولة الداخلي .

هذه الجرائم التي ذكرتها ، لاني خصصتها بالذكر لأن الفقهاء ذكروها وتكلموا عنها . اما غيرها من الافعال المضرة بأمن الدولة وسلامتها ، كالتي نصت عليها القوانين الوضعية كالقانون العراقي وقانون العقوبات المصري « العربي » ، فانها تعتبر جرائم في الشريعة الاسلامية ، ويعاقب مرتكبوها بالعقوبات التي يراها الامام — الحكومة — باعتبارها من جرائم التعزير التي لم ينص الشارع على عقوبة مقدرة لها .

وتتكلم فيما يلي عن جريمة قطع الطريق في مبحث أول . ثم عن جريمة البغي في مبحث ثان . ثم عن جريمة التجسس في مبحث ثالث .

لمَبْحَثِ الْأَوَّلِ

جريمة قطع الطريق وعقوبتها

التعريف بالجريمة وعقوبتها :

١٩٠ — جريمة قطع الطريق جريمة خطيرة لما فيها من المجاهرة بالاجرام وترويع الناس وأخذ أموالهم بالقوة والقهر ، وما يترتب على ذلك كله من اخلال خطيرة بأمن الدولة (١) .

(١) تقابل هذه الجريمة ، الجريمة المنصوص عليها في المادة ٣١٥ من قانون العقوبات المصري « العربي » ، والمادة ٢٦٠ من قانون العقوبات البغدادي .

ولم يضع هذان القانونان هاتين المادتين ضمن مواد الجرائم المتعلقة بأمن الدولة وسلامتها ، وانما وضعها ضمن مواد السرقة . وارى أن هذه الجريمة من الجرائم الخطيرة التي تخل بأمن الدولة وترويع الناس فضلا عما فيها من اعتداء على أموالهم وحياتهم ، ولهذا اعتبرتها من الجرائم ضد أمن الدولة .

وقد عرف الفقهاء هذه الجريمة بأنها الخروج على المارة لاختد المال
مجاهرة بالقوة والقهر على وجه يمتنع الناس عن المرور وينقطع الطريق ،
سواء آكان مرتكب هذه الجريمة فردا أم جماعة ، بسلاح أم بغيره .
وسموا مرتكب هذه الجريمة بالمحارب ^(١) .

ولهذه الجريمة شروط ، يهنا منها ما قاله الفقهاء بالنسبة الى المجني
عليه . فقد قال الاحناف يشترط في المجني عليه ان يكون مسلما أو ذميا
فان كان مستأمنلا فلا عقوبة على مرتكب الجريمة وانما يعزر ^(٢) .
ويعلل الاحناف هذا الرأي بأن في عصمة مال المستأمن شبهة الاباحة لانه
من اهل دار الحرب ^(٣) . وعند الفقهاء الاخرين ، كالملكية والشيعة
الامامية ، تتحقق الجريمة سواء آكان المجني عليه مسلما أم ذميا أم
مستأمنلا ^(٤) . وهذا هو القول الراجح ، أما قول الحنفية فضعيف . لان
المستأمن معصوم الدم والمال ، وهو في حماية الدولة الاسلامية ورعايتها
بمقتضى الامان الذي منحه اياه فلا يصح أن يترك بلا حماية . والحماية
انما تكون بصورة كافية اذا عوقب من يرتكب ضده هذه الجريمة .
ومن غير المعقول ان لا تقيم الدولة الحد على من يرتكب ضده هذه
الجريمة بحجة ان في ماله شبهة الاباحة . وما هذه الشبهة التي يدعونها
وهو لم يدخل دار الاسلام الا بأمان من الدولة ، وهو أمان يجب احترامه
من جميع الافراد بلا استثناء . وعلى هذا فقول غير الاحناف هو القول
الذي ينبغي المصير اليه ، لانه هو مقتضى الامان ، ويتفق مع عدل الشريعة
وحرصها على مكافحة الاجرام . وهو بعد هذا وذاك أدعى الى الاطمئنان
والثقة بعهد الدولة الاسلامية وأمانها ، وأبقى للعلاقات الدولية ، وأدنى

(١) الكاساني ج ٧ ص ٩١ - ٩٢ ، شرح الخرشي ج ٨ ص ١٠٤ .

(٢) الكاساني ج ٧ ص ٩١ .

(٣) المبسوط ج ٩ ص ١٩٥ .

(٤) شرح الخرشي ج ٨ ص ١٠٤ ، التاج والاكيل لمختصر خليل للمواق
ج ٦ ص ٣٢٤ ، وفي جواهر الكلام ، المجلد المطبوع سنة ١٢٨٧ هـ ؛
وتتحقق المحاربة بأخافة كل من يحرم أخافته من الناس من غير
فرق بين مسلم وغيره من اهل الذمة أو الامان .

لاظهار محاسن الاسلام وتسهيل اختلاط غير المسلمين بأهله .
وهذا هو المعمول به في الجمهورية العربية المتحدة والعراق ،
فيعاقب كل من يرتكب هذه الجريمة سواء كان المجنى عليه وطنيا أو
اجنيا طبقا لمبدأ اقلية القانون الجنائي المأخوذ به في هاتين الدولتين^(١) .
١٩١ — والاصل في عقوبة هذه الجريمة قوله تعالى : « انما جزاء
الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الارض فسادا أن يقتلوا أو
يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الارض ذلك
لهم خزي في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم . الا الذين تابوا من قبل
أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم »^(٢) .

وعقوبة قاطع الطريق أن يقتل أو يصلب اذا قتل وأخذ
المال . ويقتل بلا صلب اذا قتل ولم يأخذ مالا . وتقطع يده ورجله من
خلاف اذا أخذ المال ولم يقتل . وينفي من الارض اذا أخاف السبيل
فقط فلم يقتل ولم يأخذ مالا . والى هذا ذهب أكثر الفقهاء كالشافعي
واحمد ، وهو قريب من مذهب أبي حنيفة . وعند المالكية يقتل قاطع
الطريق وجوبا اذا قتل المجني عليه . وان لم يقتله ولكن أخذ ماله فقط ،
فان الامام مخير فيه بين القتل والصلب والقطع من خلاف . واذا أخاف
السبيل فقط فالامام مخير فيه بين القتل والصلب والقطع من خلاف
والنفي^(٣) . والمراد بالنفي المنصوص عليه في الآية الكريمة ، كمقوبة
من عقوبات قطع الطريق ، حبس الجاني في غير بلده ، وهذا أولى ما قيل

(١) الفقرة ١٨٥ ص ٢١٧ من هذه الرسالة .

(٢) سورة المائدة ج ٦ ، الايتان ٣٣ و ٣٤ .

(٣) السياسة الشرعية لابن تيمية ص ٨٢ - ٨٣ ، المنهي ج ٨ ص
٢٨٨ ، الكاساني ج ٧ ص ٩٣ ، فتح القدير ج ٧ ص ٢٦٨ وما
بعدها ، بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٨٠ ، شرح الخرشني ج ٨ ص
١٠٥ - ١٠٦ .

في معناه (١) .

وتتكلم في المطلب الاول من هذا المبحث عن هذه الجريمة اذا ارتكبتها ذمي . ثم تتكلم في المطلب الثاني عن هذه الجريمة اذا ارتكبتها مستأمن .

المطلب الأول

قطع الطريق من الذمي

١٩٢ — الاسلام ليس بشرط في قاطع الطريق لتحقق الجريمة ، وذلك لعموم قوله تعالى : « انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ... الآية » من غير فصل بين مسلم وغير مسلم . ولان ركن الجريمة ، وهو قطع الطريق ، يتحقق من المسلم وغير المسلم (٢) .

(١) السياسة الشرعية لابن تيمية ص ٨٣ ، بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٨٠ . والنفي بهذا المعنى الذي قلناه يشبه نظام حجز المشتبه بهم والخطرين على الامن في مكان معين امين ، المعمول به في الجمهورية العربية المتحدة والعراق . ففي الدولة الاولى نصت المادة الرابعة من البند السابع من القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٢٣ ، الخاص بنظام الاحكام العرفية ، على انه « يجوز للسلطة القائمة على اجراء الاحكام العرفية ان تأمر ، باعلان او باوامر كتابية او شفوية ، بالقبض على المتشردين والمشتبه فيهم وتحجزهم في مكان امين » : الحبس الاحتياطي وضمان حرية الفرد في التشريع المصري ، للدكتور حسن صادق المرصفاوي ص ٣٠٧ .

وفي العراق نصت المادة (١٤) من مرسوم الادارة العرفية رقم ١٨ لسنة ١٩٣٥ على انه « يجوز لقائد القوات العسكرية ان يتخذ ، باعلان او باوامر كتابية او شفوية التدابير الاتي بيانها ... الامر بالقبض على المتشردين والمشتبه فيهم ويحجزهم في مكان معين » . (٢) الكاساني ج ٧ ص ٩١ ، سفينة النجاة ج ٢ ص ٧٥ : المحارب من جرد السلاح ... من ذكر او انثى ، قوي او ضعيف ، مسلم او كافر .

— ٢٢٩ —

١٩٢ - عقوبة الذمي اذا قطع الطريق :

يعاقب الذمي بعقوبة قطع الطريق المقررة شرعا اذا ارتكب هذه الجريمة . وهذا ما صرح به الحنفية والشافعية والمالكية والحنابلة في احد قولهم . ويعلل الحنفية هذا الحكم بأن الذمي التزم احكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات ، وانه من أهل دارنا فتقام عليه الحدود كلها الا حد الخمر (١) .

والظاهر من مذهب الشيعة الامامية انهم في هذه المسألة مع الجمهور ، لانهم لا يشترطون الاسلام في قاطع الطريق ، وقالوا ان أهل الذمة « ان فعلوا ما ليس بسائغ في شريعتهم كالزنى ، فالحكم فيه كما في المسلم للعموم » (٢) . ومعنى هذا ان الذمي يقام عليه حد قطع الطريق كالمسلم ، لان قطع الطريق غير سائغ في جميع الشرائع لما فيه من الاعتداء على الأمنين .

١٩٤ - هل ينتقض عهد الذمي بارتكابه جريمة قطع الطريق ؟

اختلف الفقهاء في هذا . فعند الحنفية والشافعية والزيدية لا ينتقض عقد الذمة بهذه الجريمة (٣) . وهو مذهب مالك أيضا لأن فقهاء هذا المذهب لم يذكروا هذه الجريمة مع الأفعال الناقضة للعهد (٤) . بل نجد في المدونة التصريح بمعاقة الذمي على هذه الجريمة بما يعاقب به

(١) المبسوط ج ٩ ص ١٩٥ ، شرح السير الكبير ج ١ ص ٢٠٧ ، الام للشافعي ج ٤ ص ١٠٩ ، اختلاف الفقهاء للطبري ص ٢٥٨ ، المغني ج ٨ ص ٢٩٨ ، المدونة الكبرى ، طبعة مطبعة الخيرية سنة ١٣٢٤ هـ ج ١ ص ٣٨١ ، الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي ج ١ ص ٢٠٥ ، تفسير القرطبي ج ٨ ص ١١٤ .

(٢) جواهر الكلام من المجلد المطبوع سنة ١٢٧٢ هـ .

(٣) البحر الزخار ج ٥ ص ٤٦١ ، الام ج ٤ ص ١٠٩ ، شرح السير الكبير ص ٢٢٦ ، الكاساني ج ٧ ص ١١٣ .

(٤) شرح الغرشي ج ٢ ص ١٤٩ - ١٥٠ .

— ٢٣٠ —

المسلم اذا ارتكبها ^(١) . ومعنى هذا ان المالكية لا يرون نقض الذمة بهذه الجريمة .

وعند الظاهرية ، ينتقض عقد الذمة بهذه الجريمة فلا يجوز الا قتل الذمي الا اذا أسلم . وعند الحنابلة قولان : الانتقاض وعدمه ^(٢) .

والحجة لاصحاب القول الاول ، على ما قاله الاحناف ، ان جرائم الذميين معاص يرتكبونها وهي دون الكفر في القبح والحرمة ، وقد بقي العقد مع الكفر فمع المعصية أولى ^(٣) .

والحجة للحنابلة في احد قوليهما — وهو الانتقاض — ان الذمي لم تعقد له الذمة على ارتكاب الافعال المضرة بالمسلمين . والحجة لقولهم الثاني ، وهو عدم الانتقاض ، ان هذا الفعل ، أي قطع الطريق ، لا يصلح ان يكون ناقضا للذمة الا بالنص عليه في عقد الذمة ^(٤) .

وحجة الظاهرية ان الذمي باقرافه هذا الجرم قد فارق الصفار فلا يجوز الا قتله ^(٥) .

والراجع قول من قال بعدم الانتقاض لما قاله الاحناف ، ولان الذمي من اهل دار الاسلام فيجب عليه ما يجب على المسلم اذا ارتكب جرماً عدا جريمة شرب الخمر ، فلا وجه للقول بانتقاض عهده . أما الصفار ، الذي ادعى الظاهرية ان الذمي فارقه بارتكابه هذا الجرم ، فمردود بأن الصفار هو التزام الذمي أحكام الاسلام وجرياتها عليه ^(٦) ، ومن هذه الاحكام اقامة حد قطع الطريق عليه .

(١) المدونة الكبرى ، طبعة المطبعة الخيرية سنة ١٣٢٤ هـ ج ١ ص ٣٨١ : قلت : ارايت لو ان قوما من اهل الذمة حاربوا وقطعوا الطريق واخافوا السبيل ... قال : اما اذا خرجوا محاربين يتلصصون فانه

يحكم عليهم بحكم اهل الاسلام اذا حاربوا .

(٢) المحلى ج ١١ ص ٣١ . المغني ج ٨ ص ٢٩٨ .

(٣) الكاساني ج ٧ ص ١١٣ .

(٤) المغني ج ٨ ص ٢٩٨ .

(٥) المحلى ج ١١ ص ٣١ .

(٦) كشف القناع ج ١ ص ٧٠٤ ، فتح العزيز ج ١٦ ص ١١٦ .

المطلب الثاني

قطع الطريق من المستامن

١٩٥ - إذا ارتكب المستامن جريمة قطع الطريق في دار الاسلام ففي اقامة الحد عليه خلاف عند الاحناف . فعند ابي يوسف يقام عليه الحد لان مذهبه اقامة جميع العقوبات على المستامين اذا ارتكبوا ما يوجبها الا عقوبة الخمر . وعند أبي حنيفة ومحمد لا يقام على المستامن الا ما فيه حق العبد غالب من قصاص أو حد قذف (١) ، فلا تقام عليه الحدود التي هي حق الله تعالى كحد الزنى والسرقة وقطع الطريق (٢) .

وحجة أبي يوسف ان المستامن ما دام في دارنا فهو ملتزم احكامنا فيما يرجع الى المعاملات كالذمي ، ولهذا يمنع من الربا ويقام عليه حد القذف ويجب عليه القصاص . كما ان العقوبات تقام في دار الاسلام صيانة لها من العبث والافساد ، فلو قلنا لا تقام على المستامن لكان في ذلك اضرار بالمسلمين واستخفاف بدولتهم ، وما أعطيناهم الامان لهذا الاستخفاف أو ذلك الاضرار (٣) .

وحجة أبي حنيفة ومحمد هي ان المستامن ما دخل دارنا للقرار فيها ، وانما لحاجة يقضيها ثم يرجع الى بلاده ، فهو ليس من أهل دارنا ولم يلتزم بالامان احكامنا المتعلقة بحقوق الله تعالى ، وانما التزم من الاحكام ما يرجع منها الى حقوق العباد ، ولهذا يقام عليه القصاص لانه من حق العباد ، كما يقام عليه حد القذف لان فيه حق العباد (٤) .

(١) شرح السير الكبير ج ٤ ص ١٠٨

(٢) المبسوط ج ٩ ص ٥٥

(٣) المبسوط ج ٩ ص ٥٦ ، الهداية ج ٤ ص ١٥٤

(٤) المبسوط ج ٩ ص ٥٦ ، الهداية وفتح القدير ج ٤ ص ١٥٥ - ١٥٦

ولكن اذا لم يجب الحد على المستأمن ، على قول أبي حنيفة ومحمد ، فليس معنى هذا ان المستأمن ينجو من كل عقاب . ذلك ان الحنفية قالوا اذا امتنع وجوب الحد على قاطع الطريق فان جرائمه من القتل والجرح وأخذ المال تعتبر كأنها قد حصلت في غير قطع الطريق فيعاقب عليها المجرم ^(١) . وعلى هذا فان المستأمن اذا قتل او جرح اقتض منه . الا انه لا يقام عليه حد السرقة بأخذه المال لان حد السرقة لا يقام على المستأمن عند أبي حنيفة ومحمد ^(٢) .

ومذهب الشافعي ، على ما يبدو ، في هذه المسألة ، كمذهب أبي حنيفة . ذلك ان الحدود التي هي حق الله تعالى لا تقام على المستأمن في مذهب الشافعي ، ولكن ينذر بأنه في حالة عدم كفه عن هذه الجرائم وامتناعه عنها فان امانه ينتقض ، لانه لم يؤمن على اتيان الجرائم في دار الاسلام . وان كانت العقوبات من حق العباد كالقصاص وحد القذف فانها تقام عليه ^(٣) . فالظاهر من هذا أن حد قطع الطريق لا يقام على المستأمن ، عند الشافعية ، لانه من حقوق الله تعالى ^(٤) .

والاوزاعي يرى اقامة الحدود على المستأمن اذا ارتكب ما يوجبها ^(٥) . ومعنى ذلك ان حد قطع الطريق يقام عليه أيضا .

١٩٦ - والراجع وجوب معاقبة المستأمن بما يعاقب به المسلم في هذه الجريمة ، لان الاصل في العقوبات الاسلامية سريانها على جميع المقيمين في اقليم دار الاسلام لعموم الشريعة وامكان تطبيقها في دار الاسلام . واعتبار حد قطع الطريق من حق الله تعالى لا يسمع من تطبيقه على المستأمن ، لان حق الله هو حق المجتمع أي مصلحته كما قال الاحناف انفسهم ، ومصلحة المجتمع تقضي بمعاقبة قاطعي

(١) الكاساني ج ٧ ص ٩٧ ، رد المحتار ج ٣ ص ٢٩٧

(٢) فتح القدير ج ٤ ص ١٥٥

(٣) الام للشافعي ج ٧ ص ٣٢٦

(٤) مغني المحتاج ج ٤ ص ١٨٠ .

(٥) اختلاف الفقهاء للطبري ص ٥٤

— ٢٣٣ —

الطريق ، مستأمنين كانوا أو مواطنين ، فكيف تكون مصلحة المجتمع مانعة من إقامة هذه العقوبة على المستأمن ؟ ثم ان الجرائم كلها فساد وانما شرع العقاب لمنع هذا الفساد ، ولا يحصل هذا المقصود اذا قيل ان المستأمن لا يقام عليه حد قطع الطريق .

١٩٧ - هل ينتقض امان المستأمن بقطعه الطريق ؟

صرح الحنفية بعدم انتقاض امانه . ويعملون هذا بأن المسلم اذا قطع الطريق لم يكن فعله ناقضا لايامانه فاذا فعله المستأمن لم يكن ناقضا أيضا لأمانه^(١) . وعند مالك ينتقض أمانه بهذه الجريمة ، لانه حين دخل الينا بأمان فقد التزم ضمنا الا يفعل شيئا من ذلك ، فاذا فعله كان ذلك ناقضا للامان لانيانه ما يخالف موجب الامان . ولو لم نجعل فعله ناقضا للامان لكان هذا استخفافا بالمسلمين^(٢) .

وقول الاحناف هو الراجح وهو المتفق مع قاعدة اقليمية القانون الجنائي الاسلامي التي تقضي بريان احكامه على جميع المقيمين في اقليم الدولة ، فيعاقب المستأمن بالعقوبة المنصوص عليها . ونرى وجوب اخراجه من دار الاسلام ، اذ لم تكن عقوبته القتل ، لأن بقاءه فساد وضرر ، والامان لا يبقى مع الفساد والضرر .

١٩٨ - ما عليه العمل الآن :

في الجمهورية العربية المتحدة وفي العراق تسري عقوبة هذه الجريمة على مرتكبها بغض النظر عن ديارته أو جنسيته . لان نصوص قانون العقوبات في هاتين الدولتين اقليمية التطبيق كما قلنا . وللحكومة ابعاد الاجنبي ، بعد تنفيذ العقوبة عليه ، لما لها من حق ابعاد الاجانب . في الجمهورية العربية المتحدة نص القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٥٢ ، في

(١) الفتاوى البزازية ج ٣ ص ٣٠٨ : وان قطع واحد او اثنان او ثلاثة من المستأمنين الطريق لا ينتقض امانهم . شرح السير الكبير ج ٤ ص ٢٢٦ .

(٢) شرح السير الكبير ج ١ ص ٢٠٥ - ٢٠٦ .

— ٢٣٤ —

المواد من ١٥ — ١٨ ، على الاحكام الخاصة بابعاد الاجانب ، وجاء في هذه المواد أن الابعاد يكون بقرار من وزير الداخلية . ولا شك ان ارتكاب الاجنبي هذه الجريمة يجعل وجوده غير مرغوب فيه ومبررا لابعاده بعد تنفيذ العقوبة عليه .

وفي العراق نص قانون الإقامة رقم ٣٦ لسنة ١٩٦١ على ابعاد الاجنبي في احوال خاصة ، منها اذا كان هناك ما يستدعي ابعاده لامر يتعلق بالامن ^(١) . ولا شك ان الاجنبي اذا ارتكب هذه الجريمة فان وجوده يصبح مضرا ومخلا بالامن مما يستدعي ابعاده .

لِمَجِّثِ الثَّانِي

جريمة البغي وعقوبتها

١٩٩ — جريمة البغي هي خروج جماعة ذات قوة على الامام بتأويل سائغ ^(٢) . فهي جريمة سياسية يعني أصحابها من ورائها تغيير الامام وتنفيذ ما يعتقدونه صوابا بالقوة والعنف لا بالرأي والمجادلة . فهي بهذا الاعتبار أخطر الجرائم في تهديد أمن الدولة وسلامتها . ويسمى الفقهاء مرتكبي هذه الجريمة بالبغيعة .

وحكم البغيعة قتالهم اذا أظهروا العصيان للامام وامتنعوا عن اداء ما عليهم من حقوق وجاهروا بذلك وتهاؤوا للقتال ، سواء نصبوا عليهم اماما أو لم ينصبوا ^(٣) . ويرى الاحناف قتالهم وان لم يبدأوا بالقتال فعلا ، محتجين بأن تجمعهم واستعدادهم للقتال دليل على قصدهم

(١) المادة ١٧ من قانون الإقامة العراقي رقم ٣٦ لسنة ١٩٦١

(٢) ابو يعلى الحنبلي ص ٣٨ ، الجريمة والعقوبة لاستاذنا محمد ابو زهرة ص ١٧٠

(٣) الماوردي ص ٥٥ ، ابو يعلى الحنبلي ص ٣٩ .

— ٢٣٥ —

السيء فينبغي ان نعالجهم بالقتال قبل ان يستفحل شرهم وتقوى شوكتهم ويصعب القضاء عليهم^(١) . وينبغي للامام قبل ان يقدم على قتالهم ان يذرهم لعلهم عن غيهم يرجعون^(٢) وهذا ما فعله الامام علي بن ابي طالب ، عندما خرج عليه الخوارج ، اذ ارسل اليهم عبد الله بن عباس يدعوهم الى الرجوع الى الجماعة . فاذا رجع البغاة الى الطاعة ولزوم الجماعة لم يجز قتالهم . اما اذا لم يستجيبوا فان الامام يقاتلهم لقوله تعالى « فان بغت احداهما على الاخرى فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء الى امر الله »^(٣) .

وتتكلم فيما يأتي عن بغي الذميين في المطلب الاول من هذا البحث ، ثم عن بغي المستأمنين في المطلب الثاني .

المطلب الاول

بغي الذميين وعقوبتهم

٢٠٠ — الذميون اما ان يرتكبوا جريمة البغي منفردين واما ان يرتكبوها مع البغاة المسلمين ، ولكل حالة حكم يخصها .
الحالة الاولى — انفرادهم بالبغي :

مذهب الحنابلة والشافعية والزيدية والحنفية انتقاض عقد الذمة بارتكاب الذميين جريمة البغي منفردين^(٤) . وهذا هو الظاهر من مذهب الشيعة الامامية ، فقد جاء في جواهر الكلام : « اذا قاتل اذمي

- (١) الكاساني ج ٧ ص ١٤٠ ، الهداية وفتح القدير ج ٤ ص ٤١١
- (٢) المارودي ص ٥٦ ، ابو يعلى الحنبلي ص ٣٩
- (٣) المغني ج ٨ ص ١٠٨ ، الكاساني ج ٧ ص ١٤٠ . والاية في سورة الحجرات ج ٢٦ ، الآية ٩
- (٤) المغني ج ٨ ص ١٢١ ، كشف القناع ج ٤ ص ٩٩ ، شرح منتهى الارادات ج ٤ ص ١٤٨ ، شرح الازهار ج ٤ ص ٥٧٠ ، مغني المحتاج ج ٤ ص ١٢٨ ، المهذب ج ٢ ص ٤٣٧ ، فتح العزيز ج ١٤ ص ١٧٥ ، الكاساني ج ٧ ص ١١٣ ، الدر المختار ورد المختار ج ٣ ص ٤٢٩ .

مع أهل البغي خرق الذمة بلا خلاف اجده فيه . ولو ادعى الشبهة المحتملة في حقه فيبقى على ذمته كما لو ادعى الجهل والاكراه » (١) .
فالشيعية يرون انتقاض عهد الذمي بقتاله مع البغاة المسلمين الا اذا ادعى الشبهة المحتملة . ومن البديهي الا تكون عند الذميين شبهة مقبولة تدفع عنهم نقض العهد اذا ما ارتكبوا الجريمة منفردين .

والمالكية يفرقون بين حالتين : قتال الذميين عن ظلم ركبهم فلا ينتقض عهدهم . وقتالهم بلا ظلم اصابهم فينتقض العهد (٢) .

الحالة الثانية - اشتراك الذميين في جريمة البغي مع البغاة المسلمين :

عند الاحناف يعاقب الذمي بالعقوبة المقررة لهذه الجريمة ولا ينتقض عهده . وحجتهم هي انه صار تبعا للمسلمين في هذه الجريمة . والمسلم لا ينتقض ايمانه بها ، فكذا الذمي لا ينتقض أمانه بها (٣) .
وعند الزيدية والشيعية الامامية والحنابلة والشافعية ، ينتقض عهد الذمي باشتراكه في جريمة البغي مع البغاة المسلمين الا اذا ادعى الاكراه على القتال معهم او ادعى الشبهة المحتملة . وقال المالكية ينتقض عهده الا اذا كان البغاة المسلمون متأولين (٤) .

واذا لم ينتقض عهد الذمي فانه يغرم ما اتلفه على المسلمين من نفس أو مال ، حال الحرب أو في غير حال الحرب ، بخلاف أهل البغي المسلمين فانهم لا يغرمون ما اتلفوه حال الحرب . وهذا ما صرح به

(١) جواهر الكلام ، المجلد المطبوع سنة ١٢٧٢ هـ ، من كتاب الجهاد
(٢) شرح الخرشي ج ٣ ص ١٤٩ .
(٣) المبسوط ج ١٠ ص ١٢٨ ، فتح القدير ج ٤ ص ٤١٥ ، رد المحتار ج ٣ ص ٤٢٩ .

(٤) البحر الزخار ج ٥ ص ٤١٩ ، جواهر الكلام ، المجلد المطبوع سنة ١٢٧٢ هـ ، من كتاب الجهاد ، كشف القناع ج ٤ ص ٩٩ ، شرح منتهي الارادات ج ٤ ص ١٤٨ ، الام للشافعي ج ٤ ص ١٤٠ ، مختصر الزني ج ٥ ص ١٦٠ ، فتح العزيز ج ١٤ ص ١٧٥ ، مغني المحتاج ج ٤ ص ١٢٨ - ١٢٩ ، شرح الخرشي ج ٨ ص ٦١ ، الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٣٠٠ ، المواقي ج ٦ ص ٢٧٩ .

الشافعية والحنابلة • ويعطل الحنابلة هذا الحكم بأن اهل الذمة لا تأويل لهم ، وان سقوط الضمان عن المسلمين انما كان لحملهم على الرجوع الى الطاعة ، واهل الذمة لا حاجة لنا الى ذلك منهم ^(١) .

والذي اراه ، انه مادام لم ينتقض عهد الذمي باشتراكه مع البغاة المسلمين فيلزم من هذا ان يعامل معاملة البغاة المسلمين وان يجري عليه ما يجري عليهم • وقول الحنابلة ان الذمي لا تأويل له ، بخلاف المسلم ، قول غير مقنع ، ذلك ان قيام الشبهة في حق الذمي التي دفعت عنه انتقاض العهد تقوم مقام التأويل السائغ في حق المسلم الباغي ، وبالتالي ينبغي ان يكون في الحكم كالمسلم فلا يضمن ما ألتفه من نفس أو مال • وغريب من الحنابلة ان يقولوا في حجتهم : ولان سقوط الضمان عن المسلمين انما كان لحملهم على الرجوع الى الطاعة ، واهل الذمة لا حاجة لنا الى ذلك منهم • غريب هذا القول ، لان الرجوع الى الطاعة كما هو مرغوب فيه من المسلم ، فانه مرغوب فيه ايضا من الذمي • وسقوط الضمان اذا كان وسيلة مشروعة في حق المسلم فهو كذلك وسيلة مشروعة في حق الذمي ، لان الذمي من أهل دار الاسلام وله ما لنا وعليه ما علينا •

٢٠١ - ما عليه العمل الآن :

في الجمهورية العربية المتحدة ، نص قانون العقوبات في المادة ٨٧ على انه « يعاقب بالاشغال الشاقة المؤبدة أو الموقته كل من حاول بالقوة قلب او تغيير دستور الدولة أو نظامها الجمهوري او شكل الحكومة • فاذا وقعت الجريمة من عصابة مسلحة يعاقب بالاعدام من ألف العصابة وكذلك من تولى زعامتها او تولى فيها قيادة ما » • كما نص على عقوبة من يحرض على ارتكاب هذه الجريمة أو يشترك في

(١) الفني ج ٨ ص ١٢١ ، كشاف القناع ج ٤ ص ٩٦ ، شرح منتهى الارادات ج ٤ ص ١٤٩ ، الام ج ٤ ص ١٣٨ ، المهذب ج ٢ ص

اتفاق جنائي لغرض ارتكابها او يشجع على ارتكابها او يدعو الآخرين الى اتفاق يهدف الى ارتكاب هذه الجريمة (١) .

فهذه الجريمة تشبه جريمة البغي التي تكلم عنها الفقهاء من جهة انها خروج على الحكومة بالقوة ، وارادة تبديلها .

واذا كان المشترك في هذه الجريمة شخصا يتمتع بجنسية الجمهورية العربية المتحدة ، وكان قد اكتسبها بالتجنس ، فانها تنزع منه اذا رأى ذلك وزير الداخلية على ان يكون ارتكابه الجريمة خلال خمس سنوات من تاريخ اكتسابه الجنسية ، وان يحكم عليه قضائيا في هذه الجريمة (٢) . ونزع الجنسية في هذه الحالة يشبه انتقاص الذمة بسبب ارتكاب الذمي جريمة البغي ، على ما ذهب اليه بعض الفقهاء .

وفي العراق نظم القانون رقم ٨ لسنة ١٩٥٩ جرائم الخروج على الحكومة والبغي عليها ، فخصص الفصل الثاني منه لهذه الجرائم بعنوان : صيانة أمن الدولة من الداخل . ونص على عقوباتها ، وهي : الاعدام أو الاشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة (٣) . وقد يترتب على هذه الجريمة ، بالإضافة الى العقوبات المنصوص عليها ، اسقاط الجنسية عن المجرم وابعاده خارج العراق (٤) . وهذا الاجراء يشبه نقض الذمة ببغي الذمي كما ذهب اليه بعض الفقهاء .

وفي العربية السعودية لا تزال احكام البغي ، وفقها للمذهب الحنبلي ، هي المطبقة في البلاد . وقد نص نظام الجنسية السعودية على ان من يكتسب الجنسية السعودية بالتجنس تسقط عنه الجنسية ، اذا رأت الحكومة الاسقاط ، اذا ثبت قيامه او اشتراكه في أي عمل يخل بالامن العام في المملكة او اذا حكم عليه بحكم جنائي وذلك خلال

(١) المواد ٩٥ ، ٩٦ ، ٩٧ ، من قانون العقوبات المصري « العربي » .

(٢) المادة ٢١ من القانون رقم ٨٢ لسنة ١٩٥٨ .

(٣) المواد من ٢٢ - ٢٦ من القانون رقم ٨ لسنة ١٩٥٩ .

(٤) المادتان الاولى والثانية من مرسوم اسقاط الجنسية العراقية رقم ٦٢ لسنة ١٩٣٣ .

خمس سنوات من تاريخ تجنسه (١) . وعلى هذا فان الذمي المتجنس بالجنسية السعودية تسقط عنه هذه الجنسية اذا ارتكب خلال خمس سنوات من تاريخ تجنسه جريمة البغي لانها تخل بالامن قطعاً ، زيادة على العقوبات المقررة لهذه الجريمة .

المطلب الثاني

بغى المستأمنين

٢٠٢ - اذا ارتكب المستأمنون جريمة البغي منفردين انتقض أمانهم وصاروا كحريين لا أمان لهم ، لانهم لم يعطوا الامان لقتال الدولة والخروج على الامام . وهذا ما صرح به الاحناف والشافعية والحنابلة (٢) .

اما اذا اشترك المستأمنون مع البغاة المسلمين في بغيتهم ، فقد صرح الشافعي والحنابلة باتقاض عهدهم أيضا الا اذا اثبتوا انهم اكرهوا على معاونة البغاة (٣) . والحنفية لم يصرحوا بالنقض ولا بعدمه في هذه الحالة ، ولكن مقتضى مذهبهم عدم النقض لانهم يصرحون دائما بان المستأمن ما دام في دار الاسلام فهو في الاحكام كالذمي ، والذمي لا ينتقض أمانه باشتراكه مع البغاة المسلمين فكذا المستأمن .

والواقع ان ارتكاب المستأمن جريمة البغي منفردا او مشتركا مع

- (١) المادة ٢١ من نظام الجنسية السعودية .
- (٢) المغني ج ٨ ص ١٢١ ، شرح السير الكبير ج ٢ ص ١٠٣ ، المبسوط ج ١٠ ص ١٣٦ : ولان المستأمنين لو تجمعوا او قصدوا قتال المسلمين وناجزوهم كان ذلك منهم نقضا للامان . مختصر المزني ج ٥ ص ١٠٦ : فلو كان لهم - أى للحريين - امان فقاتلوا اهل العدل كان نقضا لأمانهم .
- (٣) فتح العزيز ج ١٤ ص ١٧٦ ، مغني المحتاج ج ٤ ص ١٢٩ ، المهذب ج ٢ ص ٢٣٧ ، المغني ج ٨ ص ١٢١ .

— ٢٤٠ —

غيره سبب كاف لنقض أمانه وعده حرييا لا أمان له .

٢٠٣ - ما عليه العمل الآن :

في الجمهورية العربية المتحدة والعراق تطبق الاحكام المقررة في القوانين العقابية في هاتين الدولتين على بني المستأمنين لانها نصوص اقليمية . وللحكومة نقض أمان الاجنبي واخراجه من الدولة على النحو الذي بيناه سابقا ^(١) .
وفي السعودية تطبق أحكام المذهب الحنبلي على بني المستأمنين على النحو الذي ذكرناه في الفقرة السابقة .

لِبَحْثِ الثَّالِثِ

جريمة التجسس وعقوبتها

٢٠٤ - تقصد بالتجسس هنا محاولة الاطلاع على عورات المسلمين وامورهم واحوال الدولة الاسلامية واخبار العدو بذلك . ولا شك ان هذا الفعل جريمة كبيرة تهدد سلامة الدولة لاسيما في اوقات الحروب .

وقد حرمت الشريعة الاسلامية التجسس ، قال تعالى : « يا أيها الذين آمنوا اجتنبوا كثيرا من الظن إن بعض الظن إثم ولا تجسسوا » ^(٢) .
والمسلم اذا ارتكب جريمة التجسس ، فانه على رأي الاحناف يوجع عقوبة ويحبس حتى يحدث توبة ^(٣) . وعند المالكية ، على رأي ابن القاسم ، يقتل ولا توبة له ^(٤) .

(١) فقرة ١٩٨ ص ٢٣٣ - ٢٣٤ من هذه الرسالة .

(٢) سورة الحجرات ج ٢٦ ، الآية ١٢

(٣) الخراج لابي يوسف ص ١٨٩ - ١٩٠ . وشرح السير الكبير ج ٤ ص ٢٢٥ .

(٤) شرح الخرشي ج ٣ ص ١١٩ ، شرح الزرقاني على مختصر خليل ج ٣ ص ١١٨ ، أقضية الرسول (ص) ص ٢٥ .

— ٢٤١ —

وتتكلم فيما يلي عن تجسس الذمي في المطلب الاول . ثم تتكلم
عن تجسس المستامن في المطلب الثاني .

للمطلب الاول

تجسس الذمي

٢٠٥ - هل ينتقض عهد الذمي بجريمة التجسس ؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين :

القول الاول :

ينتقض عهده بالتجسس فيكون كالحربي الذي لا امان له .
وهذا قول الاوزاعي والمالكية والراجح في المذهب الحنبلي (١) .

القول الثاني :

لا ينتقض عهده بالتجسس . وهذا قول الحنفية والشافعية
والزيدية ، وقول مرجوح في المذهب الحنبلي (٢) . وحجة هذا القول
ان هذه الجريمة لا يزول بها ايمان المسلم ، فلا يزول بها امان
الذمي (٣) .

والقول الثاني هو مانرجحه ، لان التجسس جريمة ولا علاقة لها
بذمة الذمي ، والذمي قد صار من أهل دار الاسلام فتسرى عليه
احكامها ومنها معاقبته بالعقوبة المقررة لجريمة التجسس .

(١) اختلاف الفقهاء للطبري ص ٥٨ - ٥٩ ، احكام القرآن لابن العربي
المالكي ج ٢ ص ٢٤٩ ، شرح الخرشي ج ٢ ص ١١٩ ، ١٤٩ ،
مختصر الفتاوى لابن تيمية ص ٥١٣ .

(٢) شرح السير الكبير ج ٤ ص ٢٢٥ - ٢٢٦ ، الام للشافعي ج ٤ ص
١٠٩ ، شرح الازهار ج ٤ ص ٥٧١ ، المغني ج ٨ ص ٥٢٥ ، مختصر

الفتاوى لابن تيمية ص ٥١٣ .

(٣) شرح السير الكبير ج ٤ ص ٢٢٥ - ٢٢٦ .

— ٢٤٢ —

٢٠٦ - عقوبة الجاسوس الذمي :

إذا قلنا بعدم انتقاض عهد الذمي ، وهو ما رجحناه ، فإنه يعاقب بالعقوبة الموجبة على حسب رأى الامام . وهذا ماذهب اليه الشافعي والزيدية والاباضية والحنفية ، إلا ان ابا يوسف يرى قتله ^(١) . وما ذهب اليه هؤلاء الفقهاء هو الصحيح . لان التجسس جريمة ليس لها عقوبة مقدرة فهي من جرائم التعزير ، فيفوض تقدير عقوبتها الى الامام حسب مايرى من المصلحة . وله ان يصل بالعقوبة الى القتل اذا رأى ضرورة لذلك لما روى عن سلمة بن الاكوع قال : « اتى النبي (ص) عين - جاسوس - وهو في سفر فجلس عند بعض اصحابه ثم انسل ، فقال النبي (ص) اطلبوه فاقتلوه . فسبقتهم اليه فقتلته فنفطني سلبه » . وعن فرات بن حيان : ان النبي (ص) أمر بقتله وكان ذميا . ففي هذا الحديث دلالة على جواز قتل الذمي الجاسوس ^(٢) .

٢٠٧ - ما عليه العمل الآن :

في الجمهورية العربية المتحدة ، نص قانون العقوبات على جريمة التجسس وجعل عقوبتها الاعدام أو الاشغال الشاقة المؤبدة أو الموقته حسب ظروف الجريمة وجسامتها ^(٣) .

وفي العراق نص القانون رقم ٨ لسنة ١٩٥٩ على عقوبة التجسس في المواد من ١٣ - ١٨ ، وجعل هذه العقوبة الاعدام أو الاشغال الشاقة المؤبدة أو الموقته حسب ظروف الجريمة وجسامتها . كما نص في المادة (١٧) على معاقبة من يقوم بايواء الجاسوس ، فجعل عقوبته الاشغال الشاقة المؤبدة أو الموقته اذا كان يعلم انه جاسوس .

- (١) الخراج لابن يوسف ص ١٨٩ - ١٩٠ ، شرح السير الكبير ج ٤ ص ٢٢٥ ، ٢٢٦ ، شرح النيل ج ٨ ص ٤٧٣ ، شرح الازهار ج ٤ ص ٥٧١ ، الام للشافعي ج ٤ ص ١٠٩ .
(٢) نيل الاوطار ج ٨ ص ٧ .
(٣) انظر الفقرتين ب ، ج من المادة ٧٧ ، والمادة ٨٠ من قانون العقوبات المصري « العربي » رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ وتعديلاته .

— ٢٤٣ —

وهذه العقوبات لجريمة التجسس المنصوص عليها في المريعة المتحدة وفي العراق تسري على الجميع ، مواطنين أو أجانب • وهي ، في نظرنا ، سائغة في الفقه الاسلامي لان عقوبة التجسس عقوبة تعزيرية متروكة لرأي الامام وتقديره •

المطلب الثاني

تجسس المستامن

٢٠٨ - هل ينتقض امان المستامن بالتجسس ؟

صرح الشافعي والحنفية بعدم انتقاض امان المستامن اذا ارتكب جريمة التجسس • وعلل الاحناف هذا الحكم بأن المسلم اذا تجسس لم يكن تجسسه ناقضا لايامانه ، فكذلك تجسس المستامن لا يكون ناقضا لآمانه (١) •

وعند المالكية ينتقض امان المستامن بتجسسه ، لان الأمان لا يقتضي التجسس بل يقتضي الامتناع عنه ، فان فعله المستامن انتقض أمانه (٢) • وعند الامام الاوزاعي ينبذ اليه على سواء ، أي يعلم بحجب الامان منه ويؤمر بغادرة دار الاسلام (٣) • والظاهر ان مذهب الحنابلة انتقاض امان المستامن بالتجسس قياسا على ما قالوه في الذي لان امان المستامن ليس باقوى من امان الذي •

٢٠٩ - عقوبة الجاسوس المستامن :

اذا قلنا بعدم انتقاض امان المستامن بالتجسس ، فعقوبته ، على

(١) الام للشافعي ج ٤ ص ١٦٧ ، شرح السير الكبير ج ١ ص ٢٠٥ - ٢٠٦ •

(٢) شرح الخرشي ج ٣ ص ١١٩ ، شرح الزرقاني على مختصر خليل ج ٣ ص ١١٨ •

(٣) اختلاف الفقهاء للطبري ص ٥٩

— ٢٤٤ —

رأي أبي يوسف ، هي القتل . وقال غيره من أئمة الحنفية لا يقتل ولكن يوجع عقوبة على قدر ما يراه الامام الا اذا اعطى الامان بشرط عدم التجسس فخالف الشرط ففي هذه الحالة يجوز قتله ^(١) . وقال الشافعي يجس عقوبة له وزجرا ^(٢) .

٢١٠ - ما عليه العمل الآن :

ما قلناه بالنسبة الى تجسس الذمي في العراق والعريضة المتحدة يقال هنا بالنسبة الى تجسس المستأمن ، فيطبق عليه احكام القانون الجنائي في هاتين الدولتين المتعلقة بجريمة التجسس .

(١) الخراج لابي يوسف ص ١٨٩ - ١٩٠ ، شرح السير الكبير ج ٤ ص ٢٢٦ - ٢٢٧ .

(٢) الام للشافعي ج ٤ ص ١٦٧ : فقلت للشافعي ارايت الذي يكتب بعورة المسلمين من المستأمن والوادع ؟ قال الشافعي يعزر هؤلاء ويحبسون .

الفصل الثاني

جرائم الاعتداء على النفس

تمهيد :

٢١١ - جرائم الاعتداء على النفس هي التي يترتب عليها زهوق روح المجني عليه . وهي القتل بأنواعه ، أي القتل العمد وشبه العمد والخطأ^(١) . والعقوبات المقررة شرعا لجريمة القتل هي : القصاص والدية ، والكفارة .

أولا - القصاص :

والمراد بالقصاص ، في جريمة القتل ، قتل الجاني . وهو في الشريعة الاسلامية حق لأولياء القتيل ، وهم جميع الورثة من ذوي الأنساب والاسباب عند أكثر أهل العلم^(٢) .

والأصل في وجوب القصاص قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى ، الحر بالحر والعبد بالعبد والأثني بالأثني ... الآية »^(٣) .

ولوجوب القصاص شروط ، منها : أن يكون القتل عمدا عدوانا ، لقول النبي (ص) : « العمد قود » . ولا خلاف في هذا الشرط بين أهل

(١) المغني ج ٧ ص ٦٣٧ . والقتل ، عند الحنفية ، خمسة أنواع ، ففي شرح الكنز للزيلعي ج ٧ ص ٩٧ :
« ثم القتل على خمسة أوجه : عمد وشبه عمد وخطأ وما يجري مجرى الخطأ والقتل بسبب » .

(٢) المغني ج ٧ ص ٦٤٣ ، الكاساني ج ٧ ص ٢٣٢ - ٢٤٣ ، الماوردي ص ٢٢٢ - ٢٢٣ .

(٣) سورة البقرة ج ٢ ، الآية ١٧٨ .

العلم^(١) . وأن يكون القتل معصوم الدم مطلقا ، أي غير مباح الدم^(٢) .
وأن يكون مكافئا للقاتل ، بمعنى أن القاتل لا يزيد عليه بحرية أو
اسلام ، وهذا عند جمهور الفقهاء خلافا للاحناف^(٣) .

ثانيا - الدية :

الدية ، في الشرع ، في باب القتل ، اسم للمال الذي هو بدل
النفس^(٤) . ويختلف مقدارها باختلاف المال الذي تجب فيه . فهي ،
عند الأحناف ، إذا كان القتل ذكرا حرا مسلما ، من الأبل مائة . ومن
الذهب ألف دينار . ومن الفضة عشرة آلاف درهم . ومن الحلل مائتا
حلة ، كل حلة ثوبان : ازار ورداء . ومن البقر مائتا بقرة . ومن الغنم
الفا شاة^(٥) . ودية الأثني على النصف من دية الذكر^(٦) . ودية

(١) المغني ج ٧ ص ٦٤٧ ، بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٣٢ . وحديث «العمد
قود» رواه أبو داود وغيره بلفظ «ومن قتل عمدا فهو قود» :
سنن أبي داود ج ٦ ص ٣٤٤ ، سنن النسائي ج ٨ ص ٤٠ ، سنن
المصطفى لابن ماجه ج ٢ ص ١٤٠ .

(٢) الهداية ج ٨ ص ٢٥٤ ، الكاساني ج ٧ ص ٢٣٦ ، كشاف القناع
ج ٣ ص ٣٤٦ ، شرح الخرشي ج ٨ ص ٤ ، مغني المحتاج ج ٤ ص ١٦ .
(٣) كشاف القناع ج ٣ ص ٣٤٧ ، المحرر في الفقه على مذهب أحمد بن
حنبل ج ٢ ص ١٢٥ ، الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي

ج ٣ ص ٣٤٦ ، شرح الخرشي ج ٨ ص ٤ ، مغني المحتاج ج ٤ ص ١٦ .
ج ٧ ص ٢٣٧ ، المختصر النافع ص ٣٠٧ .
(٤) الدر المختار ورد المختار ج ٥ ص ٥٠٤ .

(٥) الكاساني ج ٧ ص ٢٥٤ ، الدر المختار ورد المختار ج ٥ ص ٥٠٤ .
٥٠٤ ، وراجع في مقادير الدية ونوع المال الذي تجب فيه ، عند غير
الحنفية ، الام للشافعي ج ٦ ص ١٠٠ ، مغني المحتاج ج ٤ ص ٥٣
وما بعدها ، المغني ج ٧ ص ٧٥٩ ، كشاف القناع ج ٤ ص ١٠ -
١١ ، بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٤٤ ، شرح الخرشي ج ٨ ص ٣٠ -

٣٢ ، المحلى ج ١٠ ص ٧٥٩ ، سفينة النجاة ج ٢ ص ١٠١ ، الروض
النضر ج ٤ ص ٢٤٨ ، البحر الزخار ج ٥ ص ٢٧١ وما بعدها .
(٦) بداية المجتهد ج ٢ ص ٤٦ ، الكاساني ج ٧ ص ٢٥٤ ، المغني ج ٧
ص ٧٩٧ ، شرح الخرشي ج ٨ ص ٣٢ ، الام ج ٦ ص ٩٢ ، المهذب
ج ٢ ص ٢١١ .

الجنين عشر دية أمه^(١).

وتجب الدية في القتل الخطأ وشبه العمد^(٢) على عاقلة الجاني^(٣) مؤجلة في ثلاث سنين^(٤) ، ويؤدي كل رجل ، من العاقلة ، من الدية المقدار الذي يطيقه^(٥) . وتجب الدية في القتل العمد أيضا اذا اختارها ولي الدم ، على رأي من يقول أنه مخير بين القصاص وبين الدية ، وتكون في مال الجاني^(٦).

ثالثا - الكفارة :

وهي عتق رقبة مؤمنة ، أو صيام شهرين متتابعين عند عدم القدرة على العتق . وتجب الكفارة في القتل الخطأ بلا خلاف بين العلماء ، وتجب في شبه العمد عند الحنفية والشافعية والحنابلة والشيعة الامامية . ولا تجب في القتل العمد عند الحنفية والظاهرية ، والحنابلة على المشهور في مذهبهم ، وقال الشافعية والزيدية بالوجوب^(٧).

(١) الدر المختار ورد المختار ج ٥ ص ٥١٦ - ٥١٧ ، المغني ج ٧ ص ٨٠٠ .

(٢) المغني ج ٧ ص ٧٦٦ وما بعدها ، الكاساني ج ٧ ص ٢٥٥ .

(٣) العاقلة هي العصبة النسبية عند الشافعي والاباضية واكثر فقهاء الحجاز . وعند الحنابلة ، هي العصبة النسبية والسببية . وعند الحنفية ، عاقلة الرجل اهل ديوانه من المقاتلة فان لم يكن فقبيلته : بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٤٥ ، مختصر المزني ج ٥ ص ١٤١ ، شرح النيل ج ٨ ص ١١٣ ، المغني ج ٧ ص ٧٨٤ - ٧٨٥ ، كشاف القناع ج ٤ ص ٣٦ ، الكاساني ج ٧ ص ٢٥٦ ، رد المختار ج ٥ ص ٥٦٢ .

(٤) المغني ج ٧ ص ٧٦٦ ، الكاساني ج ٧ ص ٢٥٦ ، مغني المحتاج ج ٤ ص ٥٥ ، شرح الازهار ج ٤ ص ٤٦٨ .

(٥) بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٤٥ ، المغني ج ٧ ص ٧٨٨ ، المحلى ج ١١ ص ٥٨ ، وعند الحنفية لا يؤخذ من كل رجل من العاقلة أكثر من أربعة دراهم : الكاساني ج ٧ ص ٢٥٦ .

(٦) المغني ج ٧ ص ٧٥١ ، ٧٦٤ ، بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٣٦ .

(٧) المغني ج ٧ ص ٦٥١ ، وج ٨ ص ٩٦ - ٩٧ ، الدر المختار ج ٥ ص ٤٦٧ - ٤٦٨ ، الكاساني ج ٧ ص ٢٥١ ، المحلى ج ١٠ ص ٥١٤ ، متن المنهاج ومغني المحتاج ج ٤ ص ١٠٧ ، البحر الرخارج ج ٥ ص ٢٢٢ ، الروضة البهيمة في شرح اللمعة الدمشقية ج ٢ ، كتاب القصاص .

— ٢٤٨ —

٢١٢ — وتكلم فيما يلي ، في أبحاث متتالية ، عن هذه العقوبات :
القصاص ، الدية ، الكفارة ، بالنسبة الى الذمين والمستأمنين ، وبالنسبة
الى المسلمين اذا ارتكبوا جرائم القتل ضد الذمين والمستأمنين . ثم
نين ما عليه العمل الآن في مبحث على حدة .

لِمَبْحَثِ الْأَوَّلِ

القصاص

لِلْمَطْلَبِ الْأَوَّلِ

في وجوب القصاص على الذمي

٢١٣ — اذا ارتكب الذمي جريمة القتل العمد ، فان المجني عليه
قد يكون ذميا أو مسلما أو مستأمنا أو مرتدا أو حربيا . فهل يجب
القصاص على الذمي في جميع هذه الحالات أم لا ؟ هذا ما نجيب
عليه في الفقرات الآتية .

اولا - القتل ذمي .

٢١٤ — في هذه الحالة يجب القصاص على الذمي القاتل ، وهذا
ما صرح به الحنفية والشافعية والحنابلة والزيدية والظاهرية والاباضية
والمالكية^(١) . وانما وجب القصاص لأن الذمي محقون الدم على

(١) شرح السير الكبير ج ٤ ص ١٠٩ ، الام ج ٦ ص ٤٠ ، المهذب ج ٢
ص ١٨٥ ، الماوردي ص ٢٢٣ . المغني ج ٧ ص ٦٥٧ ، كشف
القناع ج ٣ ص ٢٤٧ ، المحلى ج ١٠ ص ٣٥١ ، شرح الازهر ارج
٤ ص ٣٨٩ ، البحر الزخار ج ٥ ص ٢٢٢ ، شرح النيل ج ٨ ص
١٤٩ ، شرح الخرشي ج ٨ ص ٣ - ٦ ، المواقي ج ٦ ص ٢٣٧ .

التأييد ، كما يقول فقهاء الحنفية . او لأن الذمي المقتول معصوم الدم ومكافيء للقاتل ولا يزيد عليه القاتل بحرية أو اسلام ، كما يقول فقهاء الشافعية والحنابلة والمالكية^(١) .

وعند الشيعة الإمامية والزيدية يقتل الذمي بالذمية ويرد أولياؤها عليه فاضل ديته عن ديتها . وتقتل الذمية بالذمي وليس عليها ولا على أوليائها أي شيء آخر^(٢) . ويبدو أن أساس هذا القول ما ذكره صاحب المغني عن علي بن أبي طالب ، انه قال : « يقتل الرجل بالمرأة ويعطى أولياؤه نصف الدية »^(٣) . وجهور الفقهاء لا يرون هذا الرأي ، فعندهم يقتل الذكر بالأنثى وليس عليها ولا على أوليائها شيء . وقول الجمهور هو الراجح . والحجة له من وجوه كثيرة ، منها : قوله تعالى « النفس بالنفس » ، وفي كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم الى أهل اليمن الذي رواه أبو بكر محمد بن عمرو بن حزم « ... وان الرجل يقتل بالمرأة » . كما ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم قتل يهوديا بجارية من الأنصار . ولأن الرجل والمرأة شخصان يحد كل واحد منهما بقذف صاحبه فيقتل كل واحد بالآخر ، واختلاف الدية لا عبرة به في القصاص بدليل أن الجماعة تقتل بالواحد^(٤) . ثم اذا كانت المرأة لا تكافي الرجل ولا يشملها قول النبي صلى الله عليه وسلم : « المسلمون تتكافأ دماؤهم » فكيف يصح قتل الرجل بها ثم يؤخذ

(١) الهداية ج ٨ ص ٢٥٤ : الكاساني ج ٧ ص ٢٣٦ . مغني المحتاج ج ٤ ص ١٦ : كشاف القناع ج ٣ ص ٣٤٦ - ٣٤٧ : شرح الخروشي ج ٨ ص ٣ - ٤ .

(٢) سفينة النجاة ج ٢ ص ٨٤ : المختصر النافع ص ٣١٠ ، شرح اللمعة ج ٢ : « ويقتل الذمي بالذمي وان اختلفت ملتحمهما كاليهودي والنصراني ، وبالذمية مع الرد أي رد أوليائها عليه فاضل ديته عن دية الذمية وهو نصف ديته ، وبالعكس تقتل الذمية بالذمي وليس عليها غرم كالمسلمة اذا قتلت بالمسلم لان الجاني لا يجني على اكثر من نفسه » . شرح الازهار ج ٤ ص ٢٨٩ - ٢٩٠ .

(٣) المغني ج ٧ ص ٦٧٩ .

(٤) المغني ج ٧ ص ٦٧٩ .

— ٢٥٠ —

نصف الدية من تركتها أو من أوليائها ، والعلماء أجمعوا على أن الدية لاتجتمع مع القصاص ، وإن الدية اذا قبلت حرم الدم وارتفع القصاص ؟ وأيضا فإن العلماء أجمعوا على أن الأشل اذا قتل رجلا سالم الاعضاء انه ليس لوليه أن يقتل الأشل ويأخذ منه نصف الدية بحجة أنه قتل سالم الاعضاء وهو أشل . فهذا كله يدل على أن النفس مكافئة للنفس بغض النظر عن الذكورة والأنوثة^(١) .

ثانيا - القتل مسلم :

٢١٥ - يجب القصاص على الذمي اذا قتل مسلما عمدا عدوانا ، لأن المسلم معصوم الدم مطلقا ، ولأن الذمي اذا قتل بمثله فبمن يفضلته بالإسلام أولى . وقد ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم قتل اليهودي الذي قتل جارية من الانصار . وهذا مذهب الحنابلة والشافعية والزيدية والحنفية والمالكية^(٢) . وعند الظاهرية يقتل الذمي بالمسلم لنقضه العهد ومخالفته مقتضى عقد الذمة^(٣) . وعند الشيعة الامامية يدفع الذمي هو وماله الى اولياء المسلم القاتل ولهم الخيار في قتله أو استرقاقه ، ولكن يسترق أولاده الصغار ، الا أنه اذا أسلم بعد جانيته فحاله حال المسلم يقتل ولا يسترق^(٤) .

(١) تفسير القرطبي ج ٢ ص ٢٤٨ .

(٢) المغني ج ٧ ص ٦٥٧ ، الام ج ٦ ص ٣٣ ، المهذب ج ٢ ص ١٨٥ ، مغني المحتاج ج ٤ ص ١٦ ، فتح العزيز ج ١٥ ص ٣٦ ، البحر الزخار ج ٥ ص ٢٢٢ ، الشرح الصغير للدردير ج ٢ ص ٣٥٣ ، شرح الخرخشي ج ٨ ص ٣ - ٤ ، حاشية الدسوقي ج ٤ ص ٢٣٨ ، مواهب الجليل للخطاب ج ٦ ص ٢٣٦ ، الكاساني ج ٧ ص ٢٣٦ . وحديث قتل اليهودي أخرجه أصحاب الحديث : البخاري ج ١٠ ص ٤٥ ، مسلم ج ٧ ص ١٨٠ ، أبو داود ج ٦ ص ٣٢٦ ، الترمذي ج ٦ ص ١٧٠ ، ابن ماجه ج ٢ ص ١٤٧ .

(٣) المحلى ج ١٠ ص ٣٥٣ : ويقتل الكافر بالمسلم لانه نقض الذمة وخالف العهد .

(٤) سفينة النجاة ج ٢ ص ٨٤ : « ولو قتل الذمي مسلما عمدا دفع هو وماله الى اولياء المقتول ان شاؤا قتلوه وان شاؤا استرقوه ، ولكن يسترق أولاده الصغار . ولو أسلم بعد القتل فكالمسلم يقتل ولا

— ٢٥١ —

وقول الجمهور هو الراجح لما استدلوا به ، فيقتل الذمي بالمسلم .
ولا أرى نقض عهده ولا استرقاقه ، لأنه مواطن في دار الاسلام ،
والاصل انه كالمسلم في العقوبات الا في حد شرب الخمر .

ثالثا - القتل مرتد :

٢١٦ - لا قصاص على الذمي اذا قتل مرتدا ، لان المرتد مباح
الدم فاشبه الحربي ، ولان من لا يضمنه المسلم لا يضمنه الذمي .
وهذا قول الحنابلة والحنفية والمالكية وأصح القولين عند الشافعية ^(١) .
وذهب فقهاء الشيعة الامامية الى وجوب القصاص على الذمي بحجة
ان المرتد يعتبر معصوم الدم بالنسبة الى الذمي ^(٢) .

ورأي الجمهور هو الراجح لما قالوه . ولكن أرى وجوب تعزيز
القاتل لتجاوزه على حق ولي الامر في معاقبة المرتد . ولكن لو نهى
الامام المواطنين عن قتل المرتد ^(٣) فخالف الذمي هذا النهي وقتل مرتدا ،
فاني أرى ، في هذه الحالة ، قتل الذمي به .

رابعا - القتل مستأمن :

٢١٧ - اذا كان القتل مستأمنا ، فالقصاص يجب على الذمي
القاتل لان المستأمن له عهد وأمان ويكافيء الذمي ، فلا يفضل عليه
الذمي بحرية او اسلام . وهذا مذهب الشافعية والمالكية والزيدية

بسترق . جواهر الكلام من المجلد المطبوع سنة ١٢٨٧ هـ : « ولو
قتل الذمي مسلما عمدا دفع هو وماله الى اولياء المقتول وهم
مخيرون بين قتله وبين استرقاقه » . المختصر النافع ص ٣١٠ .
(١) المغني ج ٧ ص ٦٥٧ ، الكاساني ج ٧ ص ٢٣٦ ، الشرح الصغير
للدردير ج ٢ ص ٣٥٣ ، المهذب ج ٢ ص ١٨٥ - ١٨٦ : متن
المنهاج ج ٤ ص ١٦ - ١٧ .

(٢) شرح اللمعة في فقه الشيعة : امة ج ٢ : ويقتل الذمي بالمرتد لانه
محقوق الدم بالنسبة اليه لبقاء علقته الاسلام .

(٣) لولي الامر ان ينهى عن بعض المباحات اذ رأى المصلحة في ذلك : انظر
الاباحة عند الاصوليين والفقهاء لاستاذنا محمد سلام مذكور ،
المنشور في مجلة القانون والاقتصاد ، العدد الرابع ، السنة الحادية
والثلاثون ، ص ٢٧٦ وما بعدها .

والحنابلة وهو مذهب الشيعة الامامية على ما يظهر (١) .
وعند الحنفية ، على ما جاء في ظاهر الرواية ، لا قصاص على
القاتل الذمي . وحجتهم ان عصمة المستأمن ما ثبتت مطلقا بل مؤقتة
الى غاية مقامه في دار الاسلام ، لان المستأمن من أهل دار الحرب وانما
دخل دار الاسلام لا بقصد الاقامة بل لحاجة يقضيها ثم يعود الى وطنه ،
فكان في عصمته شبهة الاباحة . وروي عن ابي يوسف انه قال يقتل به
قصاصا لقيام العصمة وقت القتل (٢) .

والذي نرجحه من مذهب الحنفية قول ابي يوسف الذي هو قول
الجمهور ، لان المستأمن معصوم الدم وقت قتله كما قال ابو يوسف .
وكون عصمته مؤقتة لا يضر ، فقد تصير عصمته دائمة اذا صار ذميا ،
كما ان عصمة الذمي الدائمة قد تنقطع اذا نقض عهد الذمة . فالأولى
ان ينظر الى عصمة القتل وقت قتله ، فاذا كانت ثابتة وجب القصاص
على الذمي القاتل . وايضا فان عدم ايجاب القصاص على الذمي قد
يشجعه على ارتكاب هذه الجريمة وهذا يخالف مقتضى الامان الممنوح
للمستأمنين ، لأن الامام ، كما يقول صاحب المغني ، عندما أعطاهم
الامان فقد « آمنهم ممن هو في قبضته وتحت يده كما آمن من في
قبضته منهم » (٣) . ولا شك ان تمام الحماية انما يكون في وجوب

- (١) الام ج ٦ ص ٤٠ ، ٤١ ، شرح الخرشي ج ٨ ص ٦ ، الشرح الكبير
للرددير وحاشية الدسوقي ج ٤ ص ٢٤١ ، الشرح الصغير للرددير
ج ٢ ص ٣٥٣ - ٣٥٤ ، كشف القناع ج ٣ ص ٣٤٨ ، شرح منتهى
الارادات ج ٣ ص ٣٧٣ ، المحرر ج ٢ ص ١٢٥ ، جواهر الكلام ،
المجلد المطبوع سنة ١٢٨٧ هـ : « وعن أمير المؤمنين كان يقول يقتص
اليهودي والنصراني والمجوسي بعضهم من بعض ويقتل بعضهم ببعض
اذا قتلوا عمدا ، فما روى عن ابي حنيفة من عدم قتل الذمي بالمستأمن
واضح الضعف ومناف لادلة القصاص كقوله تعالى (النفس بالنفس)
وغیره فلا فرق بين جميع الصور في ذلك » . شرح الازهار ج ٤ ص
٣٨٥ - ٣٨٩ ، فتح العزيز ج ١٥ ص ١٨٤ .
(٢) الكاساني ج ٧ ص ٢٣٦ ، شرح السير الكبير ج ٤ ص ١٠٩ ، الهداية
وشرح العنابة ج ٨ ص ٢٥٨ .
(٣) المغني ج ٨ ص ٤٦٣ .

— ٢٥٣ —

القصاص على قاتل المستأمن .

خامسا - القتل حربي :

٢١٨ - ولا قصاص على الذمي اذا كان المقتول حرييا لا أمان له ، لانه لا عصمة له أصلا ، ومن شروط وجوب القصاص على القاتل ان يكون المقتول معصوما . وهذا قول الحنفية والحنابلة والشافعية والمالكية ، ولا خلاف فيه كما قال صاحب المغني (١) .

المطلب الثاني

في وجوب القصاص على المستأمن

٢١٩ - لا خلاف بين الفقهاء في وجوب القصاص على المستأمن اذا قتل عمدا عدوانا مسلما أو ذميا أو مستأمنا . لان كل واحد من هؤلاء القتل معصوم الدم بايمان أو أمان وذ يرد القاتل عليه بحرية أو اسلام فيقتص من قاتله المستأمن . ولان المستأمن ، كما يقول الاحناف ، التزم احكام الاسلام فيما يرجع الى حقوق العباد ، والقصاص من هذه الحقوق فيجب عليه (٢) .

(١) المغني ج ٧ ص ٦٥٧ : ولا يقتل ذمي بحربي ، لا نعلم فيه خلافا ، لانه مباح الدم على الاطلاق ، ولا دية فيه لذلك ولا كفارة . متن المنهاج ج ٤ ص ١٤ - ١٥ ، شرح الخرشي ج ٨ ص ٥٤ ، الكاساني ج ٧ ص ٢٣٦ .

(٢) الهداية ج ٤ ص ١٥٤ - ١٥٥ و ج ٨ ص ٢٥٤ ، الكاساني ج ٧ ص ٢٣٦ ، شرح السير الكبير ج ١ ص ٢٠٥ ، و ج ٤ ص ١٠٩ ، الدر المختار ورد المختار ج ٥ ص ٤٧٢ ، مجمع الانهر في شرح ملتقى الابحر ج ٢ ص ٦١٩ . الام ج ٦ ص ٣٧ : واذا قتل الكافر المؤمن قتل به ، ذميا كان القاتل او حرييا مستأمنا . والام ج ٦ ص ٤٠ ، ٤١ ، فتح العزيز ج ١٥ ص ١٨٤ ، مغني المحتاج ج ٤ ص ١٦ ، شرح منهج الطلاب ج ٤ ص ١٣٧ : ويقتل ذو أمان بمسلم وبذمي امان وان اختلفا دينا . كشف القناع ج ٣ ص ٣٤٦ - ٣٤٨ ، شرح منتهى الارادات ج ٣ ص ٣٧٣ : ويقتل مستأمن حر او عبد بمثله للمساواة . اختلاف الفقهاء للطبري ص ٥٦ - ٥٧ ، شرح الخرشي ج ٨ ص ٣ وما بعدها ، الشرح الصغير للردريج ج ٢ ص ٣٥٣ ، الواقي ج ٦ ص ٢٣٧ . البحر الزخار ج ٥ ص ٢٢ ، جواهر الكلام ، المجلد المطبوع سنة ١٢٨٧ ، باب القصاص .

٢٢٠ — ولم يصرح الفقهاء بحكم المستأمن اذا قتل عمدا عدوانا حرييا أو مرتدا . ومع هذا يمكن القول بعدم وجوب القصاص على المستأمن اذا قتل حرييا ، لأن الحربي لا أمان له ، فهو مباح الدم . اما اذا قتل المستأمن مرتدا ، فالظاهر ان حكمه حكم الذمي اذا قتل مرتدا (١) ، لأن الفقهاء يقولون ان المستأمن بمنزلة الذمي ما دام في دار الاسلام (٢) .

المطلب الثالث

في وجوب القصاص على المسلم

٢٢١ — اذا قتل المسلم ذميا أو مستأمنا قتلا عمدا عدوانا ، فقد اختلف الفقهاء في وجوب القصاص على المسلم القاتل . ويمكن رد أقوالهم في هذه المسألة الى أربعة أقوال ، نذكرها فيما يلي ثم نذكر أدلتهم وما قد يرد عليها من اعتراضات ، ثم نبين الرأي الراجح منها .
القول الاول : لا يقتل مسلم بكافر سواء أكان ذميا أم مستأمنا . وهذا قول الجمهور من الشافعية والحنابلة والمالكية والظاهرية والزيدية والشيعة الامامية والاباضية (٣) . إلا أنه عند المالكية يقتل المسلم بالكافر في حالة خاصة ، وكذلك عند الشيعة الامامية يقتل المسلم بالذمي في حالة خاصة ، وسنذكر هاتين الحالتين .
القول الثاني : يقتل المسلم بالذمي . وهذا قول الحنفية .

- (١) فقرة ٢١٦ ص ٢٥١ من هذه الرسالة .
(٢) شرح السير الكبير ج ٢ ص ٢٢٦ ، الكاساني ج ٥ ص ٨١ .
(٣) المغني ج ٧ ص ٦٥٢ ، الام ج ٧ ص ٢٩١ ، الخطاب ج ٦ ص ٢٣٦ ، شرح الموطأ للزرقاني ج ٤ ص ١٩٢ ، المحلى ج ١٠ ص ٣٤٧ ، شرح الإزهار ج ٤ ص ٣٨٨ ، شرح النيل ج ٨ ص ٢٠٨ ، المهذب ج ٢ ص ١٨٥ ، مغني المحتاج ج ٤ ص ١٦ ، شرح منہج الطلاب ج ٤ ص ١٣٧ ، سفينة النجاة ج ٢ ص ٨٤ ، المختصر النافع ص ٣١٠ ، الخلاف للطوسي ج ٣ ص ٨٨ .

الا أن أبا يوسف صاحب أبي حنيفة يرى أيضا قتل المسلم بالمستأمن^(١) .
القول الثالث : يقتل المسلم بالذمي اذا قتله غيلة . وهذا
 مذهب مالك والليث^(٢) . والقتل في هذه الحالة لاجل الفساد لا
 القصاص لأنهم قالوا لو غنى ولي الدم عن القاتل لم يعتبر غفوه ويقتل
 القاتل^(٣) . والظاهر ان قتل المسلم في هذه الحالة لا يختص بالذمي بل
 يشمل المستأمن أيضا ، لأنهم قالوا لا يقتل المسلم بالكافر الا أن يقتله
 المسلم قتل غيلة^(٤) . وكلمة كافر تصدق على الذمي والمستأمن ، ولا
 تشمل الكافر الحربي الذي لا أمان له لانه مباح الدم ولا عصمة له
 أصلا كما هو معروف .

القول الرابع : يقتل المسلم بالذمي اذا اعتاد المسلم قتل أهل الذمة
 بعد رد فاضل ديته عن دية الذمي ، وهذا قول الشيعة الامامية . ولكنهم
 اختلفوا في صفة قتله ، فمنهم من قال يقتل حدا لفساده ، ومنهم من قال
 يقتل قصاصا^(٥) .

- (١) الكاساني ج ٧ ص ٢٣٧ ، الهداية ج ٨ ص ٢٥٥ ، الدر المختار ج
 ٥ ص ٤٧١ ، شرح الكنز للزيلعي ج ٦ ص ١٠٣ .
 (٢) بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٣٤ ، وقتل الغيلة هو القتل لأجل اخذ المال
 كما جاء في شرح الخرشي ج ٨ ص ٣ ، او انه القتل خديعة بأن
 يأخذه ويذهب به الى موضع فيقتله ، كما جاء في شرح الموطأ
 للزرقاني ج ٤ ص ١٩٢ .
 (٣) شرح الخرشي ج ٨ ص ٣ ، شرح الموطأ للزرقاني ج ٤ ص ١٩٢ .
 (٤) شرح الموطأ للزرقاني ج ٤ ص ١٩٢ .
 (٥) الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ج ٢ من كتاب القصاص :
 فلا يقتل مسلم بكافر حربيا كان الكافر او ذميا ، ومعاهدا كان الحربي
 ام لا . ويعزر القاتل بقتل الذمي والمعاهد لتحريم قتلها ، ويفرم
 دية الذمي . ولكن اذا اعتاد قتل أهل الذمة اقتصر منه ، والمرجع
 في الاعتماد الى العرف . ثم اختلف القائلون بقتله ، فمنهم من جعله
 قودا ومنهم من جعله حدا لفساده . والمختصر النافع ص ٣١٠ ،
 سفينة النجاة ج ٢ ص ٨٤ .

اولا - ادلة الجمهور على عدم قتل المسلم بالكافر ومناقشتها :

٢٢٢ - استدل الجمهور على عدم قتل المسلم بالكافر بجملة

أدلة ، منها :

أ - جاء في احاديث كثيرة عن النبي صلى الله عليه وسلم ان المسلم لا يقتل بغير المسلم . فمن هذه الاحاديث : « .. وأن لا يقتل مسلم بكافر » ^(١) . « .. ألا يقتل مؤمن بكافر ، ولا ذو عهد في عهده » ^(٢) . « لا يقتل مسلم بكافر ولا ذو عهد في عهده » ^(٣) .
فالحديث الاول دن بصراحة على ان المسلم لا يقتل بالكافر سواء كان ذميا أو غيره ، لان كلمة كافر تصدق على من له عهد وعلى من ليس له عهد من غير المسلمين . والحديث الاخر « لا يقتل مسلم بكافر ولا ذو عهد في عهده » دل على هذا المعنى أيضا ، لأن عبارة « لا يقتل مسلم بكافر » كلام تام بنفسه ، كما قال الامام الشافعي ، وعبارة « ولا ذو عهد في عهده » نعت عن قتل المعاهد ما دام في عهده ، وانما ذكر هذا النهي للتأكيد على تحريم دم المعاهد لئلا يتجرأ المسلم على قتله اذا علم ان لا قصاص عليه بقتله ^(٤) .

ب - اجمع العلماء على ان المسلم لا يقتل بالحربي المستأمن فلا يقتل بالذمي أيضا ^(٥) .

ج - في عصمة الذمي شبهة الاباحة لوجود المبيع لقتله وهو كفره ، الا انه منع من قتله وجود عقد الذمة ، فمع قيام هذه الشبهة

(١) شرح البخاري للقسطلاني ج ١٠ ص ٧٢ . ابن ماجه ج ٢ ص ١٤٥ . الترمذي ج ٦ ص ١٨٠ . النسائي ج ٨ ص ٢٤ . ابو داود ج ٦ ص ٣٣٠ . مسند أحمد بن حنبل ج ١ ص ٧٩ . الدارمي ج ٢ ص ١٩٠ . الطيالسي ج ١ ص ٢٩٣ .
(٢) ابو داود ج ٦ ص ٣٢٨ . النسائي ج ٨ ص ٢٤ . مسند أحمد ج ١ ص ١١٩ .

(٣) مسند أحمد ج ٢ ص ١٩١ - ١٩٢ .

(٤) نيل الاوطار ج ٧ ص ١٠ - ١١ ، شرح سنن ابي داود للخطابي ج ٤ ص ٦٠ .

(٥) بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٣٤ .

لا يقتل المسلم به (١) .

د - من شروط القصاص المساواة ، ولا مساواة بين المسلم والكافر ، لأن المسلم مشهود له بالجنة ، والكافر مشهود له بالنار فلا يستويان ، قال تعالى : « لا يستوي أصحاب النار وأصحاب الجنة » (٢) .
هـ - قول النبي صلى الله عليه وسلم : « المسلمون تكافؤ دماؤهم » يمنع كون دم الكافر مكافئاً لدم المسلم ، فلا يجب القصاص على المسلم بقتل الكافر (٣) .

٢٢٣ - مناقشة ادلة الجمهور :

اولا - قال الاحناف ان المراد بالكافر في حديث « لا يقتل مسلم بكافر » هو الكافر الحربي ، ويؤيد قولهم الحديث الآخر وهو « لا يقتل مسلم بكافر ولا ذو عهد في عهده » . لأن لفظ « ذو عهد » وهو الذمي ، معطوف على المسلم ، فيكون تقدير الحديث الشريف : لا يقتل مسلم ولا ذو عهد بكافر . والكافر هنا هو الكافر الحربي لأن الذمي يقتل بالذمي ، فعلم ان المراد به هو الكافر الحربي اذ هو لا يقتل به مسلم ولا ذمي . ولا يصح حمل الحديث على عدم قتل المسلم بالكافر ولو كان ذمياً ، لانه لو كان هذا هو المراد لكان ينبغي ان يكون الحديث : « لا يقتل مسلم بكافر ولا ذي عهد في عهده » (٤) . واما القول بأن جملة « لا يقتل مسلم بكافر » كلام تام

(١) الكاساني ج ٧ ص ٢٣٧ ، شرح الكنز للزليمي ج ٦ ص ١٠٣ .
(٢) الكاساني ج ٧ ص ٢٣٧ ، نيل الاوطار ج ٧ ص ١٢ . وآية « لا يستوي أصحاب النار وأصحاب الجنة » في سورة الحشر ج ٢٨ ، الآية ٢٠ .

(٣) الجصاص ج ١ ص ١٤٣ .

شرح معاني الآثار للطحاوي ج ٢ ص ١١٠ ، شرح الكنز للزليمي ج ٦ ص ١٠٤ ، رمز الحقائق شرح كنز الدقائق للميني ج ٢ ص ٣٠١ .
ويلاحظ هنا ان تأويل الحنفية للكافر الوارد في الحديث بأنه الكافر الحربي ، يشمل المستامن أيضاً لانه حربي حكماً ، وبهذا صرح الكاساني : الكاساني ج ٧ ص ٢٣٧ .

بنفسه فيفيد عدم قتل المسلم بالكافر ، أي كافر كان ، وان جملة « ولا ذو عهد في عهده » تفيد عدم حل قتل ذي العهد ما دام في عهده ، فالجواب : ان المعنى يأبى ذلك ، لان المراد بسوق الجملة الاولى هو نفي القتل قصاصا لا نفي مطلق القتل ، فيجب ان يقدر هذا المعنى فى الجملة الثانية أيضا تحقيقا للعطف ، فيكون المعنى : لا يقتل مسلم ولا ذو عهد بكافر حربي . وأيضا فلو حملنا جملة « ولا ذو عهد في عهده » على المعنى الذي قالوه لأخيلنا هذه الجملة من الفائدة ، لان عدم جواز قتل المعاهد ، ما دام في عهده ، أمر معلوم فلا بد ، اذن ، من حمل هذه الجملة على المعنى الذي قلناه لا على المعنى الذي قالوه لئلا يخثر كلام رسول الله (ص) من الفائدة (١) .

ثانيا - واما قولهم ان الاجماع حاصل على عدم قتل المسلم بالمستأمن ، فيجب ، لهذا ، ان لا يقتل بالذمي أيضا ، فالجواب : ان ما ذكروه من الاجماع ليس كما قالوا ، فقد روي عن ابي يوسف قتل المسلم بالمستأمن . هذا من جهة ، ومن جهة اخرى ان الحنفية ذهبوا الى عدم قتل المسلم بالمستأمن مع قولهم بقتله بالذمي ، لان المستأمن عندهم ، لا يشبه الذمي ، فلا يصح قياس الذمي على المستأمن فى عدم قتل المسلم به . ووجه الاختلاف بينهما ، على رأي الحنفية ، هو ان الذمي صار ، بعقد الذمة ، معصوم الدم عصمة مؤبدة ، فصار دمه لا يحتمل الاباحة بحال مع قيام الذمة ، بنزلة دم المسلم مع قيام الاسلام . اما المستأمن فان عصمة دمه مؤقتة ، اذ هو مباح الدم اباحة مؤجلة الى ان يرجع الى وطنه ، فكان في عصمته شبهة الاباحة ، ولهذا قال الاحناف لا يقتل المسلم به ، عدا ما روي عن ابي يوسف ان المسلم يقتل به (٢) .

(١) الجصاص ج ١ ص ١٤٢ - ١٤٣ ، الزيلعي ج ٦ ص ١٠٤ .
(٢) الجصاص ج ١ ص ١٤٢ ، ١٤٣ ، الكاساني ج ٧ ص ٢٣٧ ، الزيلعي ج ٦ ص ١٠٤ .

ثالثا - واما القول بوجود الشبهة في عصاة دم الذمي لوجود الميخ لقتله وهو الكفر ، فليس الامر كما قالوا ، لان الميخ للقتل هو الكفر الباعث على الحراب ، أي كفر المحارب لا كفر المسالم ، ولهذا لا يقتل من الكفار من لا يقاتل كالشيخ الفاني والصغار . وكفر الذمي ليس بباعث على الحراب لدخوله في الذمة فلا يكون كفره ميحا لقتله ، فلا شبهة في عصيته . يؤيده ما روي عن علي بن ابي طالب انه قال : انما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كأموالنا ^(١) .

رابعا - أما الاحتجاج بعدم المساواة بين المسلم والذمي لاختلافهما في الدين ، فهذا لا يضر في القصاص لان المساواة في الدين ليست بشرط في وجوب القصاص ، ألا يرى أن الذمي اذا قتل ذميا ثم أسلم القاتل انه يقتل به قصاصا ولا مساواة بينها في الدين ^(٢) . فالمساواة من كل وجه لا تعتبر في وجوب القصاص ، بل تعتبر المساواة في العصاة حسبا لمادة الفساد وتحقيقا لمعنى الزجر . ولو اعتبرت المساواة فيما وراءها لانسد باب القصاص ولما جرى بين الذكر والانثى ولا بين الصحيح والسقيم . وحيث أن عصاة الذمي ثابتة على وجه التأييد كالمسلم ، فالقصاص يجري بينها . ونقصان حال الكافر بكفره لا يزيل عصيته فلا عبرة به ، كسائر الاوصاف الناقصة كالجهل والفسق وكذا الانوثة . واحتجاجهم بقوله تعالى « لا يستوي أصحاب النار وأصحاب الجنة » لا حجة لهم فيه ، لان عدم استوائهما انما هو في الفوز في الآخرة ، يدل عليه قوله تعالى « أصحاب الجنة هم الفائزون » ، ولا يلزم منه عدم الاستواء في عصاة الدم لأن هذا الكلام

(١) الكاساني ج ٧ ص ٢٣٧ ، الزيلعي ج ٦ ص ١٠٤ ، مجمع الانهر في شرح ملتقى الأبحر ج ٢ ص ٦١٩ - شرح كنز الدقائق للأفغاني ج ٢ ص ٢٦٧ .

(٢) الكاساني ج ٧ ص ٢٣٧ - ٢٣٨ ، ويلاحظ ان هذا الرد لا يتوجه على الظاهرية لان عندهم اذا قتل الذمي ذميا واسلم القاتل فلا قصاص عليه : المحلي ج ١٠ ص ٣٥٧ .

— ٢٦٠ —

لا عموم له ، كقوله تعالى « لا يستوي الاعمي والبصير » يدل على ان المنفي هو الاستواء في العمى والبصر لا في كل وصف ولهذا يجري القصاص بينهما لاستوائهما في العصمة (١) .

خامسا - وأما استدلالهم بحديث « المسلمون تتكافؤ دماؤهم » على عدم تكافؤ دم الكافر ودم المسلم فلا يجب القصاص على المسلم ، فالجواب : أن الحديث الشريف دلّ على تكافؤ دماء المسلمين دون فرق بين شريف ووضيع ، وحر وعبد ، وصحيح وسقيم ، وذكر وإثني ، وليس فيه دلالة على نفي التكافؤ بينهم وبين غيرهم من أهل الذمة ، يدل على ذلك ان الحديث الشريف لم يمنع تكافؤ دماء الكفار ولهذا يقتص من بعضهم لبعض اذا كانوا ذمة لنا ، فكذلك لا يمنع تكافؤ دماء المسلمين والذميين (٢) .

ثانيا - ادلة الحنفية على قتل المسلم بالذمي ومناقشتها :

٢٢٤ - استدلال احناف على قتل المسلم بالذمي بأدلة منها : -
أولا - عموم آيات القصاص مثل قوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى » . وقوله تعالى « وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس » وقوله تعالى « ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا » من غير فصل بين قتل وقتيل ، ونفس ونفس ، ومظلوم ومظلوم (٣) .

ثانيا - روى عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه

- (١) الزيلعي ج ٦ ص ١٠٥ ، مجمع الأنهر ج ٢ ص ٦١٩ ، شرح كنز الدقائق للأفغاني ج ٢ ص ٢٦٧ .
- (٢) الجصاص ج ١ ص ١٤٣ - ١٤٤ .
- (٣) الجصاص ج ١ ص ١٣٣ - ١٣٤ ، الكاساني ج ٧ ص ٢٣٧ ، شرح الكنز للعيني ج ٢ ص ٣٠٠ - ٣٠١ ، وكلمة (سلطانا) الواردة في الآية تعني القود : الجصاص ج ١ ص ١٣٤ . والآية الاولى وردت في سورة البقرة ج ٢ ، الآية ١٧٨ . والآية الثانية وردت في سورة المائدة ج ٦ ، الآية ٤٥ ، والآية الثالثة في سورة الاسراء ج ١٥ ، الآية ٣٣ .

- ٢٦١ -

وسلم خطب يوم فتح مكة فقال : « ألا ومن قتل قتيلاً فوليه بخير النظرين بين أن يقتص أو يأخذ الديه » . كما روى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال « العمد قود » . وقوله « ص » : لا يحل دم امرئ مسلم الا باحدى ثلاث : زنى بعد احصان ، وكفر بعد ايمان ، وقتل نفس بغير نفس » . فهذه الاحاديث الشريفة ونحوها يقتضي عمومها قتل المسلم بالذمي^(١) .

ثالثاً - روى ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن عبد الرحمن بن البيلماني ، انّ النبي صلى الله عليه وسلم أقاد مسلماً بذمي وقال : أنا أحق من وفى بذمته^(٢) .

رابعاً - وعن علي بن ابي طالب انه أمر بقتل مسلم بذمي ، ولكن أولياء الذمي المقتول عفوا عن القصاص وأخذوا الديه ، فقال علي رضي الله عنه لمن حوله : « اعطيناهم الذي اعطيناهم لتكون دماؤهم كدمائنا ودياتهم كدياتنا » . وعمر بن عبد العزيز الخليفة الاموي العادل ، أمر أن يقتل مسلم يهودي فقتل^(٣) .

خامساً - أجمع العلماء على ان المسلم تقطع يده اذا سرق من الذمي ، فوجب ان يقتل به أيضا ، لان حرمة دمه أعظم من حرمة ماله^(٤) .

(١) الجصاص ج ١ ص ١٤١ . والحديث الاول رواه الجماعة عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « من قتل له قتيل فهو بخير النظرين ، اما أن يقتل واما أن يقتل » : نيل الأوطار ج ٧ ص ٦ - ٧ . والحديث الثاني مرّ تخريجه . والحديث الثالث رواه الجماعة عن ابن مسعود بلقظ : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا اله الا الله واني رسول الله الا باحدى ثلاث : الثيب الزاني ، والنفس بالنفس ، والتارك لدينه المفارق للجماعة » : نيل الأوطار ج ٧ ص ٥ .

(٢) الجصاص ج ١ ص ١٤١ ، شرح معاني الآثار للطحاوي ج ٢ ص ١١١ .

(٣) الجصاص ج ١ ص ١٤١ - ١٤٢ .

(٤) شرح معاني الآثار للطحاوي ج ٢ ص ١١١ ، الجصاص ج ١ ص ١٤٤ ، الزيلعي ج ٦ ص ١٠٤ .

— ٢٦٢ —

سادسا - لما كان المعنى في ايجاب القصاص هو ما اراده الله تعالى من بقاء حياة الناس بقوله عز وجل « ولكم في القصاص حياة » ، وكان هذا المعنى موجودا في الذمي ، لان الله تعالى اراد بقاءه حين حقن دمه بالذمة ، وجب ان يكون ذلك موجبا للقصاص بينه وبين المسلم كما يوجب في قتل بعضهم بعضا ^(١) .

سابعا - ولا يقتل المسلم بالمستأمن ، في ظاهر الرواية عند الحنفية ، وحجتهم هي عدم المساواة بينهما في العصاة ، لان المسلم محقون الدم على التأييد ، والمستأمن بخلاف ذلك لان عصاة دمه موقته ^(٢) وروي عن أبي يوسف قتل المسلم بالمستأمن ، وحجته هي ان عصاة المستأمن ثابتة وقت القتل ، وهذا يكفي لثبوت المساواة بينهما في العصاة فيجب القصاص على القاتل المسلم ^(٣) .

٢٢٥ - مناقشة ادلة الحنفية :

يمكن ان ترد على ادلة الحنفية جملة اعتراضات ، نوجزها فيما يلي :-

١ - ما احتج به الحنفية من عمومات الكتاب والسنة مخصوص بحديث « لا يقتل مسلم بكافر » وبالاحاديث الاخرى المانعة من قتل المسلم بغيره ^(٤) . ولكن يمكن ان يرد على هذا الاعتراض ، بأن الحنفية لا يرون تخصيص القرآن بخبر الآحاد ، لان عام القرآن قطعي الثبوت والدلالة ، وخبر الاحاد ان كان قطعي الدلالة فهو ظني الثبوت فلا يقوى على تخصيص عام القرآن ^(٥) .

- (١) الجصاص ج ١ ص ١٤٣ .
- (٢) المبسوط ج ١٠ ص ٩٥ ، شرح السير الكبير ج ١ ص ٢٠٧ و ج ٤ ص ١٠٩ ، الكاساني ج ٧ ص ٢٣٦ ، شرح العناية على الهداية ج ٨ ص ٢٥٧ ، الزيلعي ج ٦ ص ١٠٥ ، مجمع الانهر ج ٢ ص ٦١٩ .
- (٣) الكاساني ج ٧ ص ٢٣٦ .
- (٤) نيل الاوطار ج ٧ ص ١١ ، الفني ج ٧ ص ٦٥٢ - ٦٥٣ .
- (٥) ارشاد الفحول للشوكاني ص ١٣٩ .

— ٢٦٣ —

ب - ان الآية الكريمة « يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى » خاصة بالمؤمنين ، يدل على ذلك أول الآية ، اذ ان الخطاب فيها موجه اليهم ، كما يدل على ذلك قوله تعالى في سياق الآية ، : « فمن عفي له من أخيه شيء » والكافر لا يكون أخا للمسلم ، لان الاخوة انما هي بين المؤمنين ، قال تعالى : « انما المؤمنون اخوة »^(١).

ولكن الحنفية ردوا على هذا الاعتراض بأن القصاص لا يكون مكتوبا على المؤمنين الا وهم قاتلون ، سواء كان المقتول مسلما أو ذميا ، لعموم لفظ « القتلى » . وليس توجيه الخطاب الى المؤمنين بإيجاب القصاص عليهم في القتلى بموجب ان يكون القتلى مؤمنا ، لان الواجب اتباع عموم اللفظ مالم تقم دلالة الخصوص ، وليس في الآية ما يدل على الخصوص . وقوله تعالى : « فمن عفي له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف » ، ليس فيه دلالة على تخصيص حكم القصاص في بعض القتلى دون بعض ، لان لفظ القتلى في أول الخطاب شمل الجميع ، فما عطف عليه بلفظ الخصوص لا يوجب تخصيص عموم اللفظ ، كما في قوله تعالى : « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » عام في المطلقة ثلاثا وما دونها ، ثم عطف عليه قوله تعالى « وبمولتهن أحق بردهن في ذلك » وهذا حكم خاص في المطلق لما دون الثلاث ، ولم يوجب ذلك تخصيص عموم اللفظ في إيجاب ثلاثة قروء في العدة على جميعهن^(٢).

ج - ان آية « وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس » اخبار عن شريعة من قبلنا فلا تلزمنا ، ولو صح أننا ملزمون بها فان في آخر الآية ما يدل على أنها خاصة بالمؤمنين ، لأن الله تعالى قال في آخرها : « فمن تصدق به فهو كفارة له » ، ولا خلاف في أن صدقة الكافر على ولي

(١) احكام القرآن للشافعي ج ١ ص ٢٧٣ ، المحلى ج ١٠ ص ٣٥٣ .

(٢) الجصاص ج ١ ص ١٣٣ - ١٣٤ .

— ٢٦٤ —

الكافر الذمي المقتول عمدا لا تكون كفارة له ، فبطل تعلقهم بهذه الآية^(١).

وقد رد الحنفية على هذا الاعتراض بان شريعة من قبلنا من الانبياء شريعة لنا مالم ينسخها الله تعالى على لسان رسوله عليه الصلاة والسلام ، قال تعالى « اولئك الذين هدى الله فبهداهم اقتده » . ويدل على أن ما في هذه الآية : « النفس بالنفس ... الخ » هو شريعة لنا ، ما روى ان الربيع بنت النضر لطمت جارية فكسرت ثنيتها فعرض أهل الربيع الارش فلم يرض به أهل الجارية ، وأتوا النبي صلى الله عليه وسلم فأمر بالقصاص ، فجاء أخو الربيع ، أنس بن النضر ، فقال : يا رسول الله تكسر سن الربيع ؟ لا ، والذي بعثك بالحق ، فقال صلى الله عليه وسلم : يا أنس كتاب الله القصاص . فعفا القوم ، فقال عليه الصلاة والسلام ان من عباد الله من لو أقسم على الله لأبره . فأخبر عليه الصلاة والسلام أن الذي في كتاب الله هو القصاص ، وليس في كتاب الله « السن بالن » الا في هذه الآية ، فأخبر عليه الصلاة والسلام عن موجب حكم الآية علينا ، ولو لم تلزمنا شريعة من قبلنا من الانبياء بنفس ورودها لكان قوله عليه الصلاة والسلام كافيا في بيان موجب حكم هذه الآية وانها اقتضت من حكمها علينا مثل ما كان على بني اسرائيل^(٢) . ومما يؤيد ان حكم الآية يلزمنا ، كما قال الاحناف ، ما قاله الشافعي : « ولا أعلم خلافا في ان القصاص في هذه الامة كما حكى الله عز وجل أنه حكم به على أهل التوراة »^(٣) . واما قولهم ان الآية خاصة بالمؤمنين بحجة قوله تعالى : « فمن تصدق به فهو كفارة له » ، فقد اجاب الحنفية على هذا بنحو ما قالوه في الرد على قول الجمهور ان آية « كتب عليكم القصاص في القتلى » خاصة بالمؤمنين بحجة أن فيها « فمن عفي له من أخيه شيء فاتباع

(١) المحلى ج ١٠ ص ٣٥١ .

(٢) الحصص ج ١ ص ١٣٩ ، ١٤٠ .

(٣) أحكام القرآن للشافعي ج ١ ص ٢٨١ .

بالمعروف وأداء اليه باحسان » ، وقد مرّ هذا الرد ^(١) .

د - احتجاج الحنفية بقوله تعالى : « ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا » يعترض عليه ، بأن هذا السلطان « القود » يكون لولي المقتول اذا كان دمه مكافئا لدم القاتل ، أما اذا كان القاتل مسلما والمقتول كافرا فلا يكون لوليه القود ، لقوله صلى الله عليه وسلم لا يقتل مسلم بكافر ^(٢) . ولكن الحنفية يردون على هذا الاعتراض بأن الآية الكريمة تشمل كل من قتل ظلما ، مسلما كان او ذميا ، فيكون لوليه الاقتصاص من قاتله ، فليست الآية خاصة بالقتيل المسلم ^(٣) .

هـ - وأما احتجاج الحنفية بأن المسلم يقطع بسرقة مال الذمي فينبغي أن يقتل به أيضا بحجة أن حرمة الدم أعظم من حرمة المال ، فقد رد عليه بأن القطع في السرقة حق الله عز وجل ، أمر به ، شاء المروق منه أو أبى ، فجاز أن يجب هذا الحق في سرقة مال الذمي ولا يكون للذمي سبيل فيه على المسلم . اما القصاص فهو من حق العباد ، ولهم العفو عنه ، فلا يجوز ان يكون لكافر على مسلم لئلا يكون له سبيل على المسلم ^(٤) .

و - أما حديث البيهقي ، فقد روى مسندا ومرسلا ، والمسند أخرجه الدار قطني في سننه عن عمار بن مطر عن ابراهيم بن محمد الاسلمي عن ربيعة بن ابي عبد الرحمن عن عبد الرحمن بن البيهقي عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قتل مسلما بمعاذ وقال : أنا أكرم من وقى بدمته . وقد قال الدار قطني فيه : لم يسنده غير ابراهيم وهو متروك الحديث ، والصواب عن ربيعة عن ابن البيهقي ، وهو مرسل .

(١) ص ٢٦٣ من هذه الرسالة .

(٢) أحكام القرآن للشافعي ج ١ ص ٢٨١ .

(٣) الجصاص ج ١ ص ١٤١ .

(٤) المحلى ج ١٠ ص ٢٥٦ .

- ٢٦٦ -

وابن البيهقي ضعيف لا تقوم به حجة اذا وصل الحديث ، فكيف بما يرسله ؟ (١) .

ف - واما الاثر المروي عن علي بن أبي طالب ، وفيه انه أمر بقتل مسلم بذمي ... الخ ، فهذا مع كونه قول صحابي فان في اسناده أبا الجنوب الأسدي ، وهو ضعيف كما قال الدارقطني . كما ان عليا رضي الله عنه روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا يقتل مسلم بكافر » والحجة في روايته لا بفعله (٢) .

ح - وأما الاثر المروي عن عمر بن عبد العزيز ، وفيه انه قتل مسلما بذمي ، فصحيح كما قال ابن حزم . الا أنه روي عنه أيضا أنه كتب الى قاضيه في اليمن أن لا يقتص من مسلم قتل ذميا وانما يغرمه الدية (٣) .

ثالثا - ادلة قول الامام مالك على قتل المسلم بالذمي اذا قتله غيلة ومناقشتها :

٢٦٦ - ذكر العلماء بعض الآثار التي تدل على قتل المسلم بالذمي اذا قتله غيلة ، ونذكر فيما يلي هذه الآثار وما يرد عليها من اعتراضات :
أولا - روي أن عبد الله بن عامر كتب الى عثمان بن عفان رضي الله عنه أن رجلا من المسلمين قتل ذميا على ماله ، فكتب اليه عثمان ان اقتله به فان هذا قتل غيلة . ولكن يرد على هذا الاحتجاج بان هذا الخبر لا يصح كما قال الامام ابن حزم . فقد قال بعد أن روى الخبر المذكور : « ورويناه أيضا عن ابان بن عثمان وأبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم ورجال كثير من أبناء الصحابة ، أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، الا أن كل ذلك من رواية عبد الملك بن حبيب الاندلسي ، وفي بعضها ابن أبي الزناد وهو ضعيف ، وبعضها مرسل .

(١) نصب الراية ج ٤ ص ٣٣٥ .

(٢) نيل الاوطار ج ٧ ص ١١ - ١٢ .

(٣) المحلى ج ١٠ ص ٣٤٨ .

ولا يصح منها شيء» (١) .

ثانياً - روى البيهقي ان مسلماً قتل معاهداً في زمن عمر بن الخطاب ، فقال عمر رضي الله عنه : ان كان في غضب فعلى القاتل أربعة آلاف درهم ، وان كان القاتل لصاً عادياً فانه يقتل . وقد رد على هذا الاستدلال بأنه : أولاً - قول صحابي ولا حجة فيه (٢) . وثانياً - انه أوجب القصاص في حالة كون القاتل لصاً عادياً وأسقط القصاص في حالة الغضب ، والغضب غير مستقط للقصاص لو كان الواجب قتل المسلم بالذمي . وثالثاً - أن الآثار المروية عن عمر بن الخطاب في قتل المسلم بالمعاهد لا يعمل بخرف منها ، كما قال الشافعي ، لأن جميعها منقطعات أو ضعاف أو تجمع الانقطاع والضعف ، وبمثل قول الشافعي قال ابن حزم (٣) .

ثالثاً - اخرج أبو داود في مراسيله عن ابن وهب عن عبد الله بن يعقوب عن عبد الله بن عبد العزيز بن صالح الحضرمي ، قال : قتل رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم حنين مسلماً بكافر ، قتله غيلة ، وقال : أنا أولى أو أحق من أوفى بذمته . ولكن هذا الحديث لا يصح فقد قال ابن القطان : عبد الله بن يعقوب وعبد الله بن عبد العزيز مجهولان ولم أجد لهما ذكراً (٤) .

- (١) المحلى ج ١٠ ص ٣٤٩ .
 (٢) قول الصحابي ليس بحجة على صحابي آخر . إما بالنسبة لمن جاء بعدهم ، ففيه تفصيل : فان كان في أمر لا يدرك بالعقل ولا مجال للرأي فيه كان حجة من غير خلاف ، لأنه لا بد أن يكون الصحابي قد سمعه من الرسول صلى الله عليه وسلم . أما إذا كان قولاً صادراً عن رأيه واجتهاده فيما يدرك بالعقل والاحتياط وكان موضع خلاف من الصحابة فهذا محل خلاف بين الفقهاء . فالجمهور من أهل السنة انه حجة ، والشيعة وبعض فقهاء أهل السنة انه غير حجة : تاريخ التشريع الاسلامي لاستاذنا محمد سلام مذكور ص ٢٤١ .
 (٣) نيل الاوطار ج ٧ ص ١٢ ، المحلى ج ١٠ ص ٣٤٨ .
 (٤) نصب الرتبة ج ٤ ص ٣٣٦ .

— ٢٦٨ —

رابعاً - أدلة الشيعة الامامية على قتل المسلم بالذمي اذا اعتاد قتل الذميين :

٢٢٧ - قال بعض الشيعة الامامية اذا اعتاد المسلم قتل اهل الذمة فانه يقتل قصاصاً ، وقال البعض الآخر منهم يقتل حداً . ولكن لم أقف على ما استدلوا به . وقد ذكر الامام ابن حزم أثراً عن عمر بن الخطاب ، يحتمل ان يكون عند الشيعة مثله عن أئمتهم . وقد جاء في هذا الاثر ان عمر بن الخطاب قال ، في المسلم يقتل ذمياً ، : ان كان ذلك منه خلقاً وعادة أو كان لصاً عادياً فاقده به ، وروي فاضرب عنقه ، وان كان ذلك فى غلبة فأغرمه الدية . ولكن قال ابن حزم عن هذا الاثر انه لا يصح^(١) .

وعلى أي حال ، فالقول بأن المسلم يقتل بالذمي قصاصاً ، اذا اعتاد قتل اهل الذمة ، يعترض عليه بان القصاص اذا كان واجبا على المسلم اذا قتل ذمياً ، فان هذا القصاص ينبغي ان لا يتوقف على الاعتياد ، لانه ليس من شروط وجوب القصاص اعتياد القاتل ارتكاب جريمة القتل .

خامساً - القول الراجع

٢٢٨ - القول الراجع في مسألة قتل المسلم بالذمي :

ذكرنا أقوال الفقهاء وادلته في مسألة قتل المسلم بالذمي . والذي نرجحه من هذه الاقوال هو قول الحنفية ، فيقتل المسلم بالذمي قصاصاً ، نظراً للدلة التي احتجوا بها وان لم يسلم بعضها من الضعف . اما أدلة الجمهور فأقواها الحديث الشريف « لا يقتل مسلم بكافر » وقد ذكرنا قول الحنفية فيه . ونضيف هنا ان الشافعي قال فيه ان النبي «ص» قاله في يوم فتح مكة بسبب القتل الذي قتله الخزاعي وكان له عهد ، فقد خطب النبي «ص» وقال : « لو قتلت مسلماً بكافر لقتلته به » . ثم قال عليه الصلاة والسلام : « لا يقتل مسلم بكافر ولا ذو عهد في عهده » .

(١) المحلى ج ١٠ ص ٣٤٨ .

- ٢٦٩ -

فاشار النبي عليه الصلاة والسلام بقوله : « لا يقتل مسلم بكافر » الى عدم الاقتصاص من الخزاعي القاتل بالمعاهد الذي قتله (١) . والمعاهد هنا هو الكافر المستأمن لان عقد الذمة لم يشرع الا بعد فتح مكة ، وانما . الذي كان قبل ذلك بين النبي (ص) وبين المشركين عهود الى مدد لا على انهم داخلون في الذمة . فكان قوله عليه الصلاة والسلام ، يوم فتح مكة ، « لا يقتل مسلم بكافر » منصفا الى المستأمنين لا الى الذميين لانه لم يكن في ذلك الوقت ذمي ينصرف اليه الكلام (٢) .

٢٢٩ - القول الراجح في مسألة قتل المسلم بالمستأمن :

اما قتل المسلم بالمستأمن فقد قال به أبو يوسف ، مخالفا أئمة الحنفية الآخرين ، وحجته ان عصمة المستأمن ثابتة وقت القتل ، وهذا يكفي لوجوب القصاص على قاتله حتى لو كان مسلما . وحجة أئمة الحنفية الآخرين ، وهم في هذه المسألة مع الجمهور ، هي ان المستأمن غير محقون الدم على التأييد ، وانما عصمته مؤقتة الى غاية مقامه في دار الاسلام ، فلا مساواة بينه وبين المسلم في صفة حقن الدم فلا يجب القصاص (٣) .

والحق ان حجة ابي يوسف قوية جدية بالنظر والتأمل ، لاسيما على مقتضى مذهب الاحناف ، وكان ينبغي أن يكون قوله هذا هو قولهم جميعا ، لأنهم لم يأخذوا بشرط المساواة في الدين لوجوب القصاص ، وانما اشترطوا المساواة في العصمة . والعصمة ينبغي ان ينظر اليها عند وقوع الجريمة ، فما دام المقتول وقت قتله معصوم الدم ، فهذا يكفي لتحقيق المساواة بينه وبين القاتل في العصمة . اذ لا يلزم لتحقيق هذه المساواة النظر الى ما قد عسى ان يكون عليه حال القاتل في المستقبل من جهة بقاء عصمته أو وزالها . فالذمي قد تزول عنه عصمته في

(١) نيل الاوطار ج٧ ص ١٠ - ١١ .

(٢) الجصاص ج١ ص ١٤٢ .

(٣) المبسوط ج١٠ ص ٩٥ ، الريلى ج٦ ص ١٠٥ .

المستقبل ويصير مباح الدم بنقضه عهد الذمة ، بل والمسلم نفسه قد تزول عصمته بأن يردد ، ومع هذا الاحتمال فإن قاتل الذمي او المسلم يقتل بلا خلاف عند الحنفية ، وبغض النظر عن هذه الاحتمالات . فاذا كان الأمر هكذا فليكن نفسه بالنسبة للمستأمن ، فينظر الى تحقق عصمته وقت القتل فقط ، وحيث أنها متحققة فليقتص من قاتله .

ولكن خلاف الجمهور في هذه المسألة ، أي قتل المسلم بالمستأمن ، خلاف شديد ليس كخلاف أبي يوسف مع غيره من الاحناف ، لان الجمهور يأخذون بشرط المساواة في الدين بين القاتل والمقتول بوجوب القصاص . فهل هناك من دليل يرجح الاخذ برأي أبي يوسف ويضعف قول الجمهور في الوقت الحاضر ؟

لقد نظرت في هذه المسألة وتأملت ما خرجت من ذلك بجواز الاخذ برأي أبي يوسف وترجيحه على رأي الجمهور ، والعمل به في الوقت الحاضر للأسباب التالية :

اولا - ان حجة الجمهور هي الحديث الشريف « لا يقتل مسلم بكافر ولا ذو عهد في عهده » وقد قلنا ان هذا الحديث الشريف ورد في يوم فتح مكة كما قال الشافعي . وعلى هذا يمكن حمل هذا الحديث الشريف على تلك الفترة وقصره عليها دون غيرها ، أو قصره على زمن النبي «ص» فقط ، لأن تمييز المستأمنين من الحريين في ذلك الوقت ما كان واضحا بيننا ، فقد كان ميسورا للحريين دخول دار الاسلام بلا أمان . فكانت تلك الحالة تقتضي عدم قتل المسلم بالمستأمن لوجود الشبهة في كونه حريبا لا مستأمنا . ولكن الحالة قد تبدلت بعد ذلك ، فقد استقر كيان الدولة الاسلامية ، وتميز المستأمنون من الحريين لعدم تيسر دخول هؤلاء الى دار الاسلام بلا أمان ، فلم تعد الاحوال الجديدة تقتضي عدم الاقتصاص من المسلم للمستأمن . وقصرنا الحديث الشريف « لا يقتل مسلم بكافر » على زمن النبي «ص» ليس بالأمر المستنكر ولا بالغريب ، فان الفقهاء يفعلون مثل هذا في

بعض الاحاديث ، من ذلك الحديث الشريف « لا تجلدوا فوق عشر جلدات الا في حدّ من حدود الله » فقد قال المالكية فيه : « انه مقصور على زمنه صلى الله عليه وسلم لانه كان يكفي الجاني من التعزير هذا القدر »^(١) . وعلى هذا يكون القول بقتل المسلم بالمستأمن ، بعد زمن النبي «ص» وفي الوقت الحاضر ، قولاً سائفاً مقبولاً لا يعارض الحديث الشريف الذي احتج به الجمهور .

ثانياً - المستأمن دخل دار الاسلام بأمان . ومقتضى الامان التزام الدولة الاسلامية بحمايته . والحماية لا تكون بصورة كافية الا بايجاب القصاص على قاتله حتى لو كان مسلماً ، حتى لا يتجرأ أحد على قتله ، وبدون ذلك تبقى الحماية ناقصة مما لا يتفق ومقتضى الامان . فكان ايجاب القصاص على قاتل المستأمن ، حتى لو كان مسلماً ، قياماً بحق الوفاء بالتزام الدولة بحماية المستأمن ، والوفاء بالالتزامات المشروعة امر مشروع أمرت به الشريعة الاسلامية .

ثالثاً - يجوز للدولة الاسلامية ، على ما أرى ، أن تشترط لغيرها من الدول قتل المسلم بالمستأمن ، لان هذا الشرط ليس بأشدّ مما جاء في معاهدة الحديبية المعقودة بين النبي «ص» وبين أهل مكة . فقد جاء في هذه المعاهدة ، ان النبي «ص» يرد من يأتيه من أهل مكة مسلماً ولا يقبله^(٢) . فاذا جاز للدولة الاسلامية ان تشترط لغيرها من الدول قتل المسلم بالمستأمن ، جاز لها ان تقوم به من تلقاء نفسها بدون اشتراط صريح عليها ، لا سيما وان الدول في الوقت الحاضر تجري على عدم تمييز الافراد في عقوبة الاعدام ، في جرائم القتل ، بسبب اختلافهم في الجنسية او الدين .

رابعاً - ان المصلحة والسياسة الشرعية تقتضيان ، في الوقت الحاضر ، ايجاب القصاص على قاتل المستأمن حتى لو كان القاتل

(١) فقه القرآن والسنة ، القصاص ، للشيخ محمود شلتوت ص ٩٩ .

(٢) زاد المعاد لابن القيم ، مطبعة السنة المحمدية ، ج ٣ ص ٣١٠ .

مسلماً . لان هذا النهج أدعى الى الاستقرار ومنع الاجرام وتقرير الثقة بالدولة الاسلامية ، وهذا كله مصلحة موء كدة للدولة فيجوز بناء على هذا ، الاخذ بوجوب القصاص على المسلم اذا قتل مستأمناً . ويؤيد ما قلناه ان من نهج الاستنباط الفقهي وتفهم النصوص واستخراج الاحكام فى عصر الصحابة الكرام ، الالتفات الى الظروف القائسة والاحوال المتغيرة والحرص على تحقيق المصالح ودرء المفاسد وان كان هذا النهج قد يخالف ظاهر النصوص ، الا انه فى الحقيقة يتفق مع هذه النصوص فى روحها واغراضها . . فمن ذلك ، ان النبي «ص» قال لزيد بن خالد ، وقد سأله عن ضالة الابل ، : « مالك ولها ، دعها فان معها حذاءها وسقاءها ، ترد الماء وتأكل الشجر ، حتى يجدها ربها . . . » (١) . فهذا الحديث صريح فى النهي عن التقاط ضالة الابل . وهكذا كان الحكم فى عهد النبي «ص» وعهد ابي بكر وعمر ، لا تلتقط ضالة الابل عملاً بالحديث الشريف . ولكن فى خلافة عثمان بن عفان أمر بالتقاطها ويبيعها وحفظ ثمنها الى أن يظهر صاحبها . وفى خلافة علي بن ابي طالب ، جعل لضوال الابل مربدا يعلفها فيه من بيت المال علفا لا يسمنها ولا يهزلها الى ان يظهر صاحبها ويثبت انها له (٢) . ولا شك ان ما فعله عثمان وعلي مبناه ملاحظة الظروف والاحوال فى زمانهما ، وتحقيق المصلحة التى قصدها الحديث الشريف وهى حفظ الابل الضائعة على صاحبها . فقد كان هذا الحفظ يتحقق فى عهد النبي «ص» وعهد ابي بكر وعمر بترك هذه الابل وعدم التقاطها الى ان يجدها صاحبها ، ثم تغيرت الاحوال فى زمن عثمان وعلي فلم يعد بالامكان تحقيق هذه المصلحة بترك الابل الضائعة ، فرأى عثمان أخذها ويبيعها وحفظ ثمنها ، ورأى علي «مفظها فى مربد خاص وتحميل بيت المال نفقتها الى ان يظهر صاحبها . فما فعله عثمان وعلي وان كان يخالف

(١) نيل الاوطار ج ٥ ص ٣٣٨ - ٣٣٩ .

(٢) تعليل الاحكام للاستاذ محمد مصطفى شلبي ص ٤٠ - ٤١ .

— ٢٧٣ —

ظاهر الحديث الا انه في الحقيقة لا يخالفه لانه يحقق الغرض منه .
خامسا - واخيرا نقول ان باب التعزير واسع فيمكن على اساسه القول بقتل المسلم بالمستأمن على سبيل التعزير والسياسة الشرعية لا على سبيل القصاص . فالتعزير قد يكون بالقتل ، والى هذا ذهب الامام مالك ^(١) ، والاحناف ^(٢) ، وسموه سياسة ، وفي هذا يقول الامام ابن عابدين : ان للإمام قتل السارق سياسة ان تكرر منه ، وكذا ان تكرر الخنق منه في المصر قتل به سياسة لسعيه في الفساد ، وكل من كان كذلك يدفع شره بالقتل ^(٣) .

ومن جميع ما تقدم ، يترجح عندنا قتل المسلم بالمستأمن ، اما على سبيل القصاص واما على سبيل السياسة الشرعية ، وهذا ما تقضي به متطلبات عصرنا الحاضر .

لِمَجِّثُ الثَّانِي

الدية

٢٣٠ - يشترط لوجوب الدية ان يكون المقتول معصوم الدم .
 اما الاسلام ، فليس بشرط لوجوبها ، لا من جانب القاتل ولا من جانب المقتول ، فتجب الدية سواء كان القاتل أو المقتول مسلما أو ذميا أو مستأمنا ^(٤) .

والاصل في وجوب الدية بقتل المسلم أو الذمي أو المستأمن

- (١) السياسة الشرعية لابن تيمية ص ١٢٢ .
 (٢) الدر المختار ، طبعة بولاق ، الطبعة الثالثة ، سنة ١٣٢٤ ، ج ٣ ص ١٨٤ : يكون التعزير بالقتل .
 (٣) رد المحتار ، طبعة بولاق ، الطبعة الثالثة ، سنة ١٣٢٤ ، ج ٣ ص ١٨٥ .
 (٤) الكاساني ج ٧ ص ٢٥٢ .

قوله تعالى : « وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً الا خطأ ، ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله الا أن يصدّقوا ، فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة ، وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى أهله وتحرير رقبة مؤمنة ، فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين توبة من الله وكان الله عليماً حكيماً » (١) . وهذا ما نصّ عليه جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة والمالكية (٢) ، ولكن الظاهرية يقولون ان هذه الآية الكريمة وردت بوجوب الدية اذا كان المقتول مسلماً ، وعلى هذا لا تجب على المسلم دية اذا قتل ذمياً أو مستأئناً ، ويقولون ان سياق الآية يدل على ذلك ، والضمير الذي في قوله تعالى : « وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى أهله وتحرير رقبة مؤمنة » راجع الى المؤمن المذكور في أول الآية ، ولا ذكر للذمي ولا للمستأمن في هذه الآية أصلاً ، فصح يقينا ان ايجاب الدية على المسلم اذا قتل ذمياً أو مستأئناً لا يجوز (٣) .

ولكن قول الظاهرية ضعيف من وجوه ، منها : (الاول) ان الله سبحانه وتعالى ذكر المؤمن المقتول خطأ وحكمه ، وذلك عموم يقتضي سائر المؤمنين الا ما خصه الدليل ، فغير جائز اعادة ذكر المؤمن بذلك الحكم في سياق الآية مع شمول أول الآية له ولغيره ، فعلمنا انه لم يرد المؤمن من كان بيننا وبينهم ميثاق . (الثاني) ان اطلاق القول بانه من المعاهدين يقتضي ان يكون معاهدا مثلهم ، كقول القائل ان هذا الرجل من أهل الذمة يفيد انه ذمي مثلهم . فظاهر قوله تعالى « وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق » يوجب ان يكون معاهدا مثلهم ، ألا

(١) سورة النساء ج ٩٢ الآية ٩٢ .

(٢) الكاساني ج ٧ ص ٢٥٢ ، الام للشافعي ج ٦ ص ٤٠ ، ٤١ ، المذهب

ج ٢ ص ٢٠٤ ، المغني ج ٧ ص ٦٥١ ، كشاف القناع ج ٤ ص ٣ ،

الشرح الصغير للرددير ج ٢ ص ٣٦٨ .

(٣) المحلى ج ١٠ ص ٣٤٧ - ٣٤٨ .

— ٢٧٥ —

ترى انه لما اراد الله عز وجل بيان حكم المؤمن اذا كان من ذوي انساب المشركين ، قال : « فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة » فقيده بذكر الايمان لانه لو أطلقه لكان المفهوم منه انه كافر مثلهم . (الثالث) لو كان الضمير في قوله تعالى « وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى اهله . . » راجع الى المؤمن كما قال الظاهرية ، لما كانت الدية مسلمة الى اهله ، لان اهله كفار لا يرثونه ^(١) . فهذه الوجوه كلها تدل على ضعف قول الظاهرية ، ورجحان قول الجمهور .

٢٣١ - مقدار دية الذمي والمستامن :

اختلف الفقهاء في مقدار دية الذمي والمستامن ، فذهب بعضهم الى انها بقدر دية المسلم ^(٢) ، وذهب أكثرهم الى غير ذلك . ويمكن رد اقوالهم ، التي وقفت عليها ، في هذه المسألة الى اربعة اقوال ، هي ما يأتي :

القول الاول - دية الكتابي على النصف من دية المسلم . ودية غير الكتابي كالمجوسي ثمانمائة درهم . ودية المرأة على النصف من دية الرجل من أهل دينها . وهذا قول مالك واحد ، الا ان الامام احمد ضعف الدية على المسلم اذا قتل ذميا او مستأمنا عدا ^(٣) .

القول الثاني - ودية الكتابي ثلث دية المسلم ، ودية غير الكتابي ثلثا عشر دية المسلم ، وديات نسائهم على النصف من ديات رجالهم .

- (١) أحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٢٣٨ - ٢٣٩ .
(٢) ذكرنا مقدار دية المسلم في ص ٢٤٦ من هذه الرسالة .
(٣) المغني ج ٧ ص ٧٩٣ ، ٧٩٥ ، ٧٩٦ ، كشف القناع ج ٤ ص ١١ - ١٢ ، ١٨ ، شرح منتهى الارادات ج ٤ ص ١٨ ، المحرر ج ٢ ص ١٤٥ ، شرح الخرخشي وحاشية العدوي ج ٨ ص ٣١ - ٣٢ ، شرح الوطا للزرقاني ج ١ ص ١٩١ ، الشرح الصغير للدردير ج ٢ ص ٣٦٨ ، شرح الزرقاني على مختصر خليل ج ٨ ص ٣١ - ٣٢ .
(٤) الام ج ٦ ص ٩٢ ، الاشباه والنظائر للسيوطي ص ٢١١ : الاقناع في حل الفاظ أبي شجاع ج ٢ ص ١٦٣ ، شرح النيل ج ٨ ص ٥٦ - ٥٧ .

وهذا قول الشافعي والاباضية •

القول الثالث - دية الذمي اليهودي أو النصراني أو المجوسي ثمانمائة درهم ، ولا دية لغير هؤلاء من غير المسلمين ، ودية المرأة منهم على النصف من دية الرجل • وهذا قول الشيعة الامامية (١) •

القول الرابع - دية غير المسلم كتابيا كان او غير كتابي كدية المسلم ودية المرأة على النصف من دية الرجل • وهذا قول الحنفية والزيدية وسفيان الثوري وغيرهم (٢) •

اولا - أدلة القول الاول والرد عليها

٢٣٢ - استدلال اصحاب القول الاول بالادلة التالية :

١ - روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي «ص» انه قال : دية الكافر على النصف من دية المسلم • وفي رواية : دية المعاهد نصف دية المسلم (٣) •

وهذا الدليل ضعيف ، لان رواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ليست بحجة كما قال ابو داود ، صاحب السنن ، وغيره من المحدثين (٤) •

(١) سفينة النجاة ج ٢ ص ١٠٢ ، المختصر النافع ص ٣١٦ - ٣١٧ ، شرح اللمعة ج ٢ من كتاب الديات •

(٢) الكاساني ج ٧ ص ٢٥٤ ، الهداية ج ٨ ص ٣٠٧ ، الدر المختار ج ٥ ص ٥٠٥ ، شرح العناية ج ٨ ص ٣٠٧ ، شرح الكنز للزيلعي ج ٦ ص ١٢٨ ، ١٢٩ ، الجصاص ج ٢ ص ٢٣٨ ، سبل السلام شرح بلوغ المرام ج ٣ ص ٣٤٢ - ٣٤٣ ، الروض النضر ج ٤ ص ٢٧٤ - ٢٧٥ • شرح الأزهار ج ٤ ص ٤٤٣ •

(٣) بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٦٤ ، الفني ج ٧ ص ٧٩٤ • وقد روى هذا الحديث الإمام أحمد في مسنده ج ٢ ص ١٨٠ ، وروي بالفاظ أخرى : النسائي ج ٨ ص ٤٥ ، ابن ماجه ج ٢ ص ١٤٢ ، الطيالسي ج ١ ص ٢٩٥ •

(٤) خلاصة تذهيب الكمال في أسماء الرجال للإمام صفى الدين أحمد الخورجى ، ص ٢٤٦ : « عمرو بن شعيب بن محمد بن عبد الله بن العاص السهمي ... قال القطان فيه : اذا روى عن الثقات فهو ثقة يحتج به • وفي رواية عن ابن معين : اذا حدث عن غير أبيه فهو ثقة •

ب - ان الكفر يؤثر في الدية فينصفها ، كما ان الانوثة اثرت في الدية فنصفتها ^(١) . وهذا قول ضعيف ، لان كمال الدية بكمال حال القتل فيما يرجع الى احكام الدنيا وهي الذكورة والحرية وعصمة الدم ، وقد وجدت هذه المعاني في الذمي والمستأمن ، اما نقصان الكفر فلا تأثير له في احكام الدنيا ^(٢) .

ج - اما جعل دية المجوسي ثمانمائة درهم ، فلما روي عن عمر وعثمان وابن مسعود انهم قالوا ان دية المجوسي ثمانمائة درهم . وغير المجوس من الكفار من عبدة الاوثان ونحوهم ، دبتهم دية المجوس لانها أقل الديات فلا تنقص عنها . وقول النبي «ص» ، في المجوس : « سنوا بهم سنة أهل الكتاب » محمول على أخذ الجزية وحقق الدم لا في كل شيء ، بدليل عدم حل ذبائهم ونسائهم لنا ^(٣) .

وهذا دليل ضعيف ، لان احتجاجهم بالاثار المروية عن سموا من الصحابة يعارض بما روي عن عمر وعلي وابن مسعود ، انهم قالوا : ان دية المعاهد دية المسلم . وفي بعض الروايات تصريح بالمجوسي وان دية دية المسلم كما سنذكره عند بيان أدلة الحنفية .

د - وحجة الحنابلة في تضعيف الدية على المسلم اذا قتل عمدا ذميا أو مستأمنا فهي ان عثمان بن عفان حكم بهذا . فقد روى الامام

وقال ابو داود : عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ليس بحجة . وقال صاحب نيل الاوطار ج ١ ص ١١٧ : « وفي رواية عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده مقال معروف عند المحدثين » . وفي نصب الراية لاحاديث الهداية ج ١ ص ٥٨-٥٩ : « ١ ما حدثني » أي عمرو بن شعيب « عن ابيه عن جده فقد تكلم فيه من جهة انه كان يحدث من صحيفة جده . قالوا : وانما روى احاديث يسيرة واخذ صحيفة كانت عنده فرواها » . وانظر طبقات المدلسين للحافظ بن حجر العسقلاني ص ١٢ .

(١) المغني ج ٧ ص ٧٩٤ .

(٢) الكاساني ج ٧ ص ٢٥٥ ، الزيلعي ج ٦ ص ١٢٩ .

(٣) المغني ج ٧ ص ٧٩٦ ، كشاف القناع ج ٤ ص ١٢ ، شرح منتهى

الارادات ج ٤ ص ١٨ .

احمد بن حنبل ان مسلما قتل رجلا من أهل الذمة فرفع الى عثمان فلم يقتله ولكن غلظ عليه الدية فجعلها ألف دينار . وهذا الحكم عند الحنابلة خاص بالمسلم اذا قتل معاهدا ، اما اذا قتل الذمي ذميا او مستأمنًا عمدا فلا تضعف عليه الدية ^(١) .

وهذا دليل ضعيف ، فقد ردّ عليه الامام ابن قدامة الحنبلي ، صاحب المغني ، بأن الآثار المروية عن النبي «ص» في دية غير المسلم عامة غير مخصصة بالقتل الخطأ دون العمد ، وبأن دية غير المسلم دية واجبة فلا تضاعف كما في دية المسلم او كما لو كان القاتل غير مسلم ^(٢) .

ثانيا - ادلة القول الثاني والرد عليها

٢٢٣ - استدلال اصحاب القول الثاني بالادلة التالية :

١ - روى الامام الشافعي عن سعيد بن المسيب ان عمر بن الخطاب جعل دية اليهودي والنصراني اربعة آلاف درهم ، وهي ثلث دية المسلم ، ودية المجوسي ثمانمائة درهم ^(٣) ، كما روي عن عثمان بن عفان مثل ذلك ^(٤) . وهذا الدليل يتوجه عليه اعتراضان : (الاول) ان اصحاب القول الاول قالوا ليس في فعل عمر ما يدل على ان دية اليهودي والنصراني ثلث دية المسلم ، لان سيدنا عمر فعل ذلك عندما كانت الدية ثمانية آلاف درهم فأوجب نصفها وهو اربعة آلاف درهم ^(٥) . (الثاني) رويت آثار عن عمر وغيره من الصحابة تدل على ان دية الذمي كدية المسلم ، وسنذكرها عند بيان ادلة الحنفية .

(١) المغني ج ٧ ص ٧٩٥ ، كشف القناع ج ٤ ص ١٨ .

(٢) المغني ج ٧ ص ٧٩٥ .

(٣) بدائع المنن في جمع وترتيب مسند الشافعي والسنن ج ٢ ص ٢٧٥ ، المهذب ج ٢ ص ٢١١ .

(٤) احكام القرآن للشافعي ج ١ ص ٢٨٤ .

(٥) المغني ج ٧ ص ٧٩٤ .

— ٢٧٩ —

ب - ان الانوثة لما أثرت في نقصان الدية فالكفر أولى في تنقيصها لان نقيصة الكفر فوق كل نقيصة (١) .
وهذا الدليل ضعيف ، وقد احتج به أصحاب القول الاول ، وذكرنا الرد عليه (٢) .

ج - لم يقل أحد في مقادير ديات غير المسلمين أقل مما قلنا ، وهو ثلث دية المسلم ، فيجب المصير اليه لانه أقل مقدار حصل الاجماع عليه ، فهو القدر المتيقن الذي لاشك فيه (٣) .
وهذا دليل ضعيف ، لانه ، كما يقول الامام ابن جرير الطبري ، مبني على علة غير صحيحة ، لان كل قائل يحتاج الى دليل على صحة قوله . والاخذ بأقل مما قيل ليس بدليل ، اذ ليس له أصل في الكتاب أو في السنة (٤) .

ثالثا - أدلة القول الثالث

٢٣٤ - يبدو ان الشيعة الامامية استدلووا بالاثار المروية عندهم ، فقد قالوا : « دية الذمي ، يهوديا كان أو نصرانيا أو مجوسيا ، ثمانمائة درهم على الاشهر رواية وفتوى ، ولا دية لغير الثلاثة من أصناف الكفار » (٥) . واني لم أقف على المروي عند الشيعة الذي احتجوا به . وعلى اي حال ، فان ما رووه لم يروه أهل السنة ، وانما رووا في دية المجوسي فقط انها ثمانمائة درهم ، اما الكتابي فقد روى أهل السنة في ديته انها النصف او الثلث من دية المسلم او انها كدية المسلم ، ولم يرو أحد منهم أقل من هذه المقادير . والشيعة لم يأخذوا برواية أهل السنة كما ان أهل السنة لم يأخذوا برواية الشيعة .

- (١) الكاساني ج ٧ ص ٢٥٤ .
- (٢) فقرة ٢٣٢ ص ٢٧٧ من هذه الرسالة .
- (٣) احكام القرآن للشافعي ج ١ ص ٢٨٤ - ٢٨٥ .
- (٤) نصب الراية لاحاديث الهداية ج ٤ ص ٣٦٧ ، هامش رقم (٢) .
- (٥) شرح اللمعة ج ٢ ، من كتاب الدييات . المختصر النافع ص ٢١٦ - ٣١٧ ، سفينة النجاة ج ٢ ص ١٠٢ .

رابعا - ادلة القول الرابع ، والرد عليها

٢٣٥ - استدل الحنفية ومن وافقهم على ان دية غير المسلم كدية المسلم ، بالادلة التالية :

١ - قوله تعالى : « ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله الا ان يصدقوا ... الى قوله تعالى : وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى اهله » . والدية اسم لمقدار معلوم من المال بدلا من نفس الحر ، لان الديات كانت معروفة بينهم قبل الاسلام وبعده فرجع الكلام اليها في قوله تعالى : « ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله » . ثم لما عطف عليه قوله تعالى : « وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى اهله » كانت هذه الدية هي الدية المذكورة اولا ، اذ لو لم تكن كذلك لما كانت دية ، لان الدية اسم لمقدار معلوم من المال بدلا من نفس الحر لا يزيد ولا ينقص ، وقد كان مقدارها معروفا عند الناس قبل الاسلام فوجب ان تكون الدية المذكورة للكافر هي التي ذكرت للمسلم . وحيث ان المسلم ديته كاملة فيجب ان تكون دية غير المسلم المعاهد كاملة أيضا . ولولا ان ذلك كذلك لكان اللفظ مجعلا مفتقرا الى البيان ، وليس الامر كذلك ^(١) .

وقد اعترض على هذا الاستدلال باعتراضين : (الاول) ان المراد بقوله تعالى « وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق ... » انها هو المسلم لا غير المسلم ^(٢) . (الثاني) ان قوله تعالى : « فدية مسلمة الى اهله » لا يدل على ان دية غير المسلم مثل دية المسلم ، فدية المرأة نصف دية الرجل ولا يخرجها ذلك من ان تكون دية كاملة لها ^(٣) . اما الاعتراض الاول فقد ذكرنا رد الامام الجصاص عليه ^(٤) .

(١) الجصاص ج ٢ ص ٢٣٨ .

(٢) المحلى ج ١٠ ص ٣٤٧ .

(٣) الجصاص ج ٢ ص ٢٣٨ .

(٤) فقرة (٢٣٠) ص ٢٧٤ - ٢٧٥) من هذه الرسالة

واما الاعتراض الثاني ، فقد اجاب عليه الحنفية من وجهين : « الاول » ان الله تعالى انما ذكر الرجل في الآية فقال تعالى : « ومن قتل مؤمنا خطأ » ثم قال : « وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى اهله » فلما اقتضى فيما ذكره للمسلم كمال الدية فكذلك يكون للمعاهد من دية لتساويهما في اللفظ مع وجود التعارف عندهم في مقدار الدية . « والوجه الثاني » ان دية المرأة لا يطلق عليها اسم الدية وانما يتناولها الاسم مقيدا ولهذا يقال دية المرأة نصف الدية ، واطلاق اسم الدية انما يقع على المتعارف المعتاد وهو الدية الكاملة (١) .

ب - وكذلك استعمل الحنفية ببعض الاحاديث الروية عن النبي « ص » ، من ذلك :-

١ - روى عن النبي « ص » انه جمل دية كل ذي عهد في عهده ألف دينار (٢) .

وقد اعترض على هذا الحديث بانه موقوف على سعيد بن المسيب ، فقد رواه الشافعي عن سعيد بن المسيب ولم يرفعه الى النبي « ص » (٣) .

ولكن يرد على هذا الاعتراض بان ابا داود اخرجه في المراسيل عن سعيد بن المسيب ، قال : قال رسول الله « ص » دية كل ذي عهد في عهده ألف دينار (٤) .

٢ - روي عن نافع عن ابن عمر عن النبي « ص » انه ودى ذميا دية مسلم (٥) .

ويعترض على هذا الحديث بانه حديث غير صحيح ، لان في سنده ابا كرز . وقد قال الدارقطني : وابو كرز ، واسمه عبد الله بن عبد

(١) الجصاص ج ٢ ص ٢٣٨ .

(٢) الكاساني ج ٧ ص ٢٥٥ ، الهداية ج ٨ ص ٣٠٧ ، شرح الكنز للزيلعي ج ٦ ص ١٢٨ .

(٣) مسند الشافعي ج ٢ ص ٢٧٥ .

(٤) نصب الراية ج ٤ ص ٣٦٦ .

(٥) الجصاص ج ٢ ص ٢٣٩ ، شرح العناية ج ٨ ص ٣٠٧ .

الملك الفهري ، متروك الحديث ، ولم يروه عن نافع غيره ^(١) .
 ٣ - روي عن ابن عباس ان النبي «ص» ودى العامرين اللذين
 قتلها عمرو بن أمية الظمري ، وكان لهما عهد من النبي «ص» ، بدية
 حرين مسلمين ^(٢) .

ويعترض على هذا الحديث بان في سنده ابا سعيد البقال ، فقد
 اخرج الترمذي عن ابي سعيد البقال عن عكرمة عن ابن عباس ان النبي
 «ص» ودى العامرين بدية المسلمين وكان لهما عهد من رسول الله
 «ص» . قال الترمذي عنه : حديث غريب لا نعرفه الا من هذا الوجه ،
 وابو سعيد البقال اسمه سعيد بن المرزبان ، وفيه لين . وقال البخاري ،
 هو مقارب الحديث . وقال ابن عدي هو من جملة الضعفاء الذين
 يكتب حديثهم ^(٣) . وقال الشوكاني ، صاحب نيل الاوطار ، ان لهذا
 الحديث طريقا آخر ، ولكن فيه الحسن بن عمارة وهو متروك
 الحديث ^(٤) .

ج - واستدل الحنفية ايضا ببعض الآثار المروية عن الصحابة ، من
 ذلك :

١ - روي عن الزهري انه قال : كانت دية اليهودي والنصراني
 في زمن النبي «ص» مثل دية المسلم ، وكذلك كانت في زمن ابي بكر
 وعمر وعثمان . ورواه البيهقي ايضا وقال عنه : رده الشافعي لكونه
 مرسلا . وقد رد الحنفية على رد الشافعي ، لهذا الحديث ، بأنه أرسل من
 جهة اخرى ، وان ابا داود رواه في مراسيله بسند صحيح عن ربيعة
 بن ابي عبد الرحمن ، قال : كان عقل الذمي مثل عقل المسلم في زمن
 النبي «ص» وزمن ابي بكر وعمر وعثمان . ويؤيده ما رواه محمد
 بن الحسن في كتاب الآثار عن ابي حنيفة عن الهيثم بن ابي الهيثم ان

(١) نصب الراية ج ٤ ص ٣٦٦ .

(٢) الجصاص ج ٢ ص ٢٣٩ ، الكاساني ج ٧ ص ٢٥٥ .

(٣) نصب الراية ج ٤ ص ٣٦٦ .

(٤) نيل الاوطار ج ٧ ص ٦٦ .

النبي « ص » وأبا بكر وعمر وعثمان ، قالوا : دية المعاهد دية الحر المسلم . فينبغي العمل به (١) .

٢ - روى الدار قطني بإسناده عن ابن مسعود انه قال : دية كل معاهد ، مجوسي او غيره ، الدية وافية . وعن ابن مسعود ايضا انه قال : دية المعاهد مثل دية المسلم . وعن علي بن ابي طالب مثل هذا أيضا (٢) .

٣ - روى ابو يوسف عن ابي حنيفة عن ابي بكر عن الزهري عن ابي بكر الصديق وعمر انهما قالوا في دية اهل الذمة : انها دية الحر المسلم (٣) .

٤ - وعن ابي حنيفة عن الحكم بن عتبة عن علي : قال دية كل ذمي مثل دية المسلم ، قال ابو حنيفة وهو قولي . ونحو هذا روي عن علقمة ومجاهد وعطاء والشعبي والنخعي والزهري (٤) .

٢٣٦ - القول الراجح :

من مراجعة ادلة الاقوال المختلفة ومناقشتها يتبين لنا ان أدلة القول الاول والثاني لم تسلم من الرد والتضعيف . كما ان ادلة الشيعة الامامية تقوم على ما رووه من آثار وهي مخالفة لما عليه جمهور الفقهاء لا سيما قولهم في دية غير المجوسي . أما أدلة القول الرابع ، وهو قول الحنفية ومن وافقهم ، فضعيفة من جهة الاستدلال بالاحاديث النبوية ؛ ولكن باقي ادلتهم من الكتاب وبعض الآثار عن الصحابة قوية . ولهذا كله ، يترجح عندي ، قول الحنفية في مسألة دية غير المسلم وانها كدية المسلم .

(١) نصب الرأية ج ٤ ص ٣٦٧ - ٣٦٩ .
(٢) سنن الدار قطني ج ٢ ص ٣٥٠ .
(٣) الآثار لابن يوسف ص ٢٢٠ .
(٤) نصب الرأية ج ٤ ص ٣٦٨ .

٢٣٧ - دية الجنين :

الجنين اذا سقط ميتا ، بسبب الجناية على امه ، وجبت فيه ، عند الحنفية ، غرة ^(١) . وهي نصف عشر دية الرجل أو عشر دية المرأة أي خمسمائة درهم ^(٢) وهذا سواء كان الجنين محكوماً بإسلامه أو بكفره ^(٣) لان دية غير المسلم ، عند الاحناف ، دية المسلم .

وقال الشافعية والحنابلة والمالكية وغيرهم ، دية الجنين الحر المسلم غرة عبد أو أمة قيمتها عشر دية المرأة المسلمة ^(٤) . ودية الجنين الكتابي عشر دية امه الكتابية ، وهي : عند الشافعية ، ثلث دية الجنين المسلم ، وعند الحنابلة والمالكية نصف دية الجنين المسلم . واذا كان الجنين مجوسيا فديته ايضا عشر دية امه المجوسية وهي اربعون درهما . واذا اختلف ابوا الجنين الكافران في الديانة ، كمجوسية تحت نصراني أو وثنية تحت يهودي ، اعتبرت دية الجنين بالنسبة الى اكثرهما دية أي عشر دية الكتابية ، وهذا ما صرح به الشافعية والحنابلة ^(٥) . وعند الشيعة الامامية دية الجنين الذي عشر دية أيه

- (١) الغرة ، الخيار . وغرة المال خياره كالفرس والعبد والامة . وقيل انما سمي ما يجب في الجنين غرة لانه اول مقدر في باب الدية ، وغرة الشيء اوله : الزيلعي ج ٦ ص ١٣٩ . وفي المغني ج ٧ ص ٨٠٠ : والاصل في الغرة الخيار .
(٢) الدر المختار ورد المختار ج ٥ ص ٥١٦ - ٥١٧ ، الزيلعي ج ٦ ص ١٣٩ .

(٣) والفقهاء لم ينصوا على وقت الحكم بإسلامه أو بكفره ، ولكن الظاهر انه يحكم بإسلامه أو بكفره في لحظة سقوطه ميتا بسبب الجناية على امه ، فيحكم بإسلامه اذا كان احد الابوين مسلما ، عملا بقاعدة الولد يتبع خير الابوين ديناً ، ويحكم بكفره اذا كان الابوان كافرين ، كما سنبين ذلك فيما بعد عند كلامنا عن دين ولد غير المسلم .

- (٤) بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٤٧ ، كشف القناع ج ٤ ص ١٣ ، ١٤ ، مغني المحتاج ج ٤ ص ١٠٣ ، ١٠٥ ، الوقا ج ٦ ص ٢٥٧ .
(٥) الام ج ٦ ص ٩٧ ، المغني ج ٧ ص ٨٠٠ ، مغني المحتاج ج ٤ ص ١٠٦ ، كشف القناع ج ٤ ص ١٤ ، الوقا ج ٦ ص ٢٥٧ ، شرح الزرقاني على مختصر خليل ج ٨ ص ٣٢ ، بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٤٨ ، الشرح الصغير للرددير ج ٢ ص ٢٦٨ .

أي ثمانون درهما ، وفي رواية عندهم أنها عشر دية أمه (١) .
والراجح من هذه الأقوال هو قول الحنفية ، نظرا لترجيحنا
قولهم في مساواة غير المسلم للمسلم في الدية، فتكون دية الجنين غير المسلم
كدية الجنين المسلم ، وهي عشر دية أمه ، باعتبار أن دية المرأة غير
المسلمة كدية المرأة المسلمة .

٢٢٨ — هل للذمي عاقلة ؟

قلنا إن الدية تتحملها العاقلة إذا كان القتل خطأ أو شبه عمد ،
فهل للذمي عاقلة كما للمسلم عاقلة تعقل عنه جنايته في القتل الخطأ
وشبه العمد ؟

قال الفقهاء لا يعقل مسلم عن ذمي كما لا يعقل ذمي عن
مسلم (٢) . أما الذميون فيما بينهم ، فقد اختلف الفقهاء في تعاقلم على
قولين :

القول الأول : يتعاقل الذميون فيما بينهم . وهذا قول الحنابلة
والشافعية والمالكية والظاهرية والحنفية والزيدية والاباضية . إلا أن
الحنابلة والمالكية والزيدية اشترطوا اتحادهم في الملة لجريان التعاقل
فيما بينهم ، خلافا للحنفية والشافعية ، على القول الاظهر عندهم ، إذ
ليس هذا بشرط . أما الظاهرية فقد سكتوا عن لزوم هذا الشرط أو
عدم لزومه (٣) .

(١) سفينة النجاة ج ٢ ص ١١١ ، المختصر النافع ص ٣٢٥ .
(٢) المفني ج ٧ ص ٧٧٩ - ٧٨٠ ، المحرر ج ٢ ص ١٤٨ ، الجصاص ج ٢ ص
١٠ ، الدر المختار ج ٥ ص ٥٦٦ ، الهداية ج ٨ ص ٤٠٩ ، الوجيز
للغزالي ج ٢ ص ٩٣ .

(٣) كشف القناع ج ٤ ص ٣٧ : « ولا تعاقل بين ذمي وحربي ... بل
بين ذميين أن اتحدت ملتتهما . فلا يعقل يهودي عن نصراني ولا
نصراني عن يهودي لعدم التوارث والتناصر » . الأم للشافعي ج ٦
ص ٩٢ ، مغني المحتاج ج ٤ ص ٩٩ ، الأقناع في حل الفاظ أبي
شجاع ج ٢ ص ١٥٥ ، المدونة الكبرى ج ٤ ص ٤٨٠ ، شرح الخرشني
ج ٨ ص ٤٦ ، الدر المختار ج ٥ ص ٥٦٦ : « الكفار يتعاقلون فيما
بينهم »

والراجع تعاقل الذميين فيما بينهم بشرط اتحادهم في الملة ، لان التعاقل مبناه المناصرة وهي معدومة عند اختلاف الدين عادة (١) .

القول الثاني : عدم التعاقل بين الذميين . وهذا مذهب الشيعة الامامية ، فعندهم عاقلة الذمي نفسه دون عصبته وان كانوا غير مسلمين . وعلى هذا فالدية تجب على الذمي في ماله دون عصبته (٢) .

٢٣٩ - هل يحمل بيت المال الدية عن الذمي اذا لم تكن له عاقلة ؟

اذا لم يكن للذمي عاقلة فان ديته في ماله ولا يتحملها عنه بيت المال . وهذا قول الحنابلة والزيدية والحنفية والشافعية (٣) .

وعند المالكية ، اذا لم يكن للذمي عاقلة فان اهل دينه الذين في بلده يؤدون عنه الدية وان لم يكونوا من اقاربه بشرط أن يكونوا مسن تضرب عليهم الجزية لعله التناصر فيما بينهم ، فان لم يكتف بهم ضم اليهم اقرب القرى اليهم ما داموا في اقليم واحد حتى تحصل الكفاية بهم (٤) .

وعند الشيعة الامامية ، يحمل بيت المال عن الذمي اذا عجز عن

بينهم وان اختلفت مللهم لان الكفر كله ملة واحدة ان تناصروا « .
الا ان هذا اذا لم تكن العداوة فيما بينهم ظاهرة . فان كانت ظاهرة
كما بين اليهود والنصارى . فقد روي عن ابي يوسف . كما جاء في
الهداية . عدم التعاقل فيما بينهم : الهداية ج ٨ ص ٤١٠ . الزيلعي
ج ٦ ص ١٨٠ . المحلى ج ١١ ص ٦٢ : شرح النيل ج ٨ ص ١١١ .
شرح الازهار ج ٤ ص ٤٥٦ .

(١) شرح الزرقاني على مختصر خليل ج ٨ ص ٤٦ : ولا يحمل يهودي
عن نصراني وعكسه وان كان الكفر كله ملة واحدة كما مر في بحث
القصاص ، وما هنا لعله التناصر .

(٢) شرح اللعة ج ٢ ، من كتاب الديات : وعاقلة الذمي نفسه دون
عصبته وان كانوا كفارا . جواهر الكلام من المجلد المطبوع سنة
١٢٨٧ هـ : وجناية الذمي في ماله وان كانت خطأ دون عاقلته
عندنا . المختصر النافع ص ٣٢٨ .

(٣) المغني ج ٧ ص ٧٧٩ ، كشف القناع ج ٤ ص ٣٧ ، الزيلعي ج ٦ ص
١٨٠ ، المهذب ج ٢ ص ٢٢٨ ، الوجيز للغزالي ص ٩٣ ، شرح الازهار
ج ٤ ص ٤٥٧ .

(٤) شرح الزرقاني على مختصر خليل ج ٨ ص ٤٦ .

اداء الدية ، فيكون الامام في هذه الحالة بمنزلة عاقلة الذمي . ويعمل الشيعة هذا القول بأن الذمي يؤدي الى الامام الجزية فيتحمل عنه الامام الدية عند عجزه عن ادائها (١) .

والراجح ، عندي ، قول المالكية ، ولكن اذا لم يوجد مع الذمي أحد من أهل دينه ، أو وجدوا وعجزوا جميعا عن الاداء ، فأرى الاخذ برأي الشيعة الامامية ، فيتحمل عنه بيت المال ، لان الذمي من أهل دار الاسلام ، وبيت المال يتحمل عن المسلم اداء الدية عند عجزه عنها في ظاهر الرواية عند الحنفية واحد القولين عند الحنابلة (٢) ، والاصل ان الذمي كالمسلم في الحقوق والواجبات .

٢٤٠ — هل للمستأمن عاقلة ؟

عند الشافعية وبعض المالكية يجرى التعاقل بين المستأمنين ، ومن لا عاقلة له منهم فالدية في ماله (٣) . ويبدو ان هذا هو مذهب الاحناف أيضا لان الحنفية قالوا : « والكفار يتعاقلون فيما بينهم » (٤) . وكلية كافر او كفار تشمل بعمومها الذمي والمستأمن .

وتساءل هنا ، اذ لزمّت الدية مستأمنًا أو عاقلته من المستأمنين ، وأجل الدية ثلاث سنين ، فكيف يمكن استيفاء الدية ، والمستأمن

(١) جواهر الكلام ، المجلد المطبوع سنة ١٢٨٧ هـ : « وجناية الذمي في ماله وان كانت خطأ دون عاقلته عندنا . ومع عجزه عن الدية فعاقلته الامام لانه يؤدي اليه الجزية بلا خلاف نجده في شيء من ذلك » . وشرح اللعة ج ٢ ، من كتاب الديات ، المختصر النافع ص ٣٢٨ .

(٢) الكاساني ج ٧ ص ٢٥٦ ، المفني ج ٧ ص ٧٩١ .

(٣) الام للشافعي ج ٦ ص ٩٢ : « وان كان واحد منهم — اي من الذميين والمستأمنين — قاتلا لمسلم قتلًا لا قصاص فيه قضي عليه بدية مسلم كاملة على عاقلته . . . وان لم يكن له عاقلة يجري عليهم الحكم ففي ماله » . . . والام ج ٦ ص ٤٠ ، شرح الزرقاني على مختصر خليل ج ٨ ص ٤٦ : « والحربي اهل دينه الحريون — أي عاقلته — بعد دخولهم الينا بأمان ، عند ابن القاسم . وروى سخون عن اشهب في ماله فقط » . البهجة شرح التحفة للتسولي ج ١ ص ٣٥٤ .

(٤) الدر المختار ج ٥ ص ٥٦٦ .

لا يمكن من الإقامة في دار الاسلام اكثر من سنة عادة عند الحنفية ،
وقطعا عند الشافعية ؟ الذي أراه ، في هذه الحالة ، وجوب استيفاء
الدية كلها قبل انقضاء مدة اقامة المستأمنين في دار الاسلام حفظا
لمصلحة اولياء المقتول .

لِبَيِّحَاتِ الثَّالِثِ

الكفارة

٢٤١ - من عقوبات جريمة القتل ، كما قلنا ، الكفارة على القاتل
وهي عتق رقبة مؤمنة فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين . وقد اختلف
الفقهاء في وجوبها على الذمي والمستأمن ، ويمكن رد اختلافهم الى
ثلاثة أقوال :

القول الاول - لا تجب الكفارة على الذمي والمستأمن ، لان
الكفارة فيها معنى العبادة ، وغير المسلمين لا يخاطبون بشرائع هي
عبادات ، ولهذا يشترط لوجوبها على القاتل ان يكون مسلما ، وهذا
مذهب الحنفية والمالكية (١) .

القول الثاني - تجب الكفارة على القاتل الكافر في ماله ، أي
بعثت رقبة مؤمنة ، لان الكفارة في هذه الحالة ، حق مالي يتعلق بالقتل
فتجب على غير المسلم كما تجب عليه الدية . وهذا قول الحنابلة (٢) .

ومذهب الشافعية كمذهب الحنابلة ، الا انهم صرحوا بوجوبها على
الذمي القاتل (٣) ، فيمكن القول ان مذهبهم وجوبها على المستأمن أيضا
قياسا على الذمي لان كلا منهما غير مسلم .

(١) الكاساني ج ٧ ص ٢٥٢ ، شرح الخرشي ج ٨ ص ٤٩ .

(٢) المغني ج ٨ ص ٩٤ ، ٩٧ ، المحرر ج ٢ ص ١٥٢ .

(٣) مغني المحتاج ج ٤ ص ١٠٧ ، الاشباه والنظائر للسيوطي ص ٢١١ .

القول الثالث - تجب الكفارة على الذمي الا انه لا يقدر في حالة كفره على عتق رقبة مؤمنة ولا على الصيام حتى يسلم ، فان اسلم يوما ما لزمه العتق أو الصيام . وهذا قول الظاهرية ^(١) . والظاهر ان حكم المستأمن ، عندهم ، كالذمي بجامع انهما غير مسلمين .
والذي اميل الى ترجيحه هو القول بعدم وجوب الكفارة على غير المسلم ، ذميا كان أو مستأنا ، لان الكفارة فيها معنى العبادة ، كما قال الاحناف ، وغير المسلم ليس من أهل وجوب العبادة ^(٢) .
٢٤٢ - وكما اختلف الفقهاء في وجوب الكفارة على غير المسلم اختلفوا ايضا في وجوبها على المسلم اذا قتل ذميا او مستأنا . فعند الحنفية والشافعية والحنابلة تجب الكفارة على المسلم . وعند الظاهرية والشيعة الامامية لا تجب . وقال المالكية لا تجب ولكنها مندوبة في قتل الذمي ^(٣) .

احتج بعض القائلين بعدم الوجوب بقوله تعالى : « ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة » ففهموه ان لا كفارة في قتل غير المؤمن . وقد ردّ الحنابلة على هذا الاحتجاج بان الله تعالى أوجب الكفارة في قتل من بيننا وبينه ميثاق قال تعالى : « وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى اهله وتحرير رقبة مؤمنة » وهذا منطوق فيقدم على دليل الخطاب . كما ان غير المسلم ، ذميا كان أو مستأنا ، معصوم الدم فتجب في قتله الكفارة كالمسلم . واحتج الظاهرية بأن الآية الواردة في ايجاب الكفارة في القتل الخطأ وهي قوله تعالى : « ومن قتل مؤمنا

(١) المحلى ج ١٠ ص ٣٥٩ .

(٢) وليس معنى هذا ان العقوبة بالنسبة الى المسلم اشد ، لان غير المسلم لا تقبل منه الكفارة ، لا تخفيفا عنه ، وانما لغوات شرط قبولها وهو الاسلام .

(٣) الكاساني ج ٧ ص ٢٥٢ ، المهذب ج ٢ ص ٢٣٣ - ٢٣٤ ، متن المنهاج ومغني المحتاج ج ٤ ص ١٠٧ - ١٠٨ ، المغني ج ٨ ص ٩٣ - ٩٤ ، شرح الخرشي ج ٨ ص ٥٠ ، المحلى ج ١٠ ص ٣٤٧ ، المختصر النافع ص ٣٢٧ ، شرح اللمعة ج ٢ ، باب الكفارة .

— ٢٩٠ —

خطأ... الآية « كلها في المسلم ، فلا تجب الكفارة على المسلم اذا قتل ذميا او مستأمنا . وقول الظاهرية في تأويل الآية ضعيف وقد بينا وجه ضعفه من قبل (١) .

ويلاحظ هنا ان الكفارة وان وجبت جزاء على الفعل المحظور ، الا ان اداءها يجب بطريق العبادة ، والوجه فيه واضح ، لان العبادات انما شرعت للابتلاء والاختبار ، وقد شرط في ادائها النية ليتحقق فيها معنى الاخلاص والطاعة ، فلا معنى للحكم بها ولا للارغام على ادائها اذ يفوت المقصود منها ويتنفى المعنى الذي اراده الشارع بالجبر عليها ، فتجب بطريق الفتوى لا الحكم ويؤمر من وجبت عليه بأن يؤديها بنفسه من غير أن تستوفى منه جبرا (٢) .

مَبْحَثُ الرَّائِعِ

ما عليه العمل الان فى جرائم الاعتداء على النفس

٢٤٣ - فى الجمهورية العربية المتحدة يعاقب بالاعدام كل من يرتكب جريمة القتل عمدا مع سبق الاصرار (٣) . اما فى جرائم القتل العمد بدون سبق اصرار فان العقوبة لا تكون اعداما الا فى حالات معينة كأن يقترب بها ارتكاب جناية اخرى (٤) . وفى العراق نصّ قانون العقوبات البغدادي على عقوبة الاعدام فى جرائم القتل العمد مع سبق الاصرار ، وفى القتل العمد بدون سبق اصرار فى حالات معينة (٥) .

(١) فقرة ٢٣٠ ص ٢٧٤ - ٤٧٥ من هذه الرسالة .

(٢) كفاية المتخصصين لاساتذنا الشيخ محمد فرج السنهوري ص ١٣٧ - ١٣٨ .

(٣) المادة ٢٣٠ من قانون العقوبات المصري « العربي » .

(٤) المادة ٢٣٤ من القانون السابق .

(٥) المواد ٢١٢ ، ٢١٣ ، ٢١٤ من قانون العقوبات البغدادي .

وهذه العقوبات ، في العربية المتحدة وفي العراق ، تسري على كل من يرتكب ما يوجبها من جرائم القتل بعض النظر عن دياثته او جنسيته ، لما قلناه من ان النصوص العقابية اقلية التطبيق .
وفي السعودية ، حيث يطبق المذهب الحنبلي ، تطبق احكام هذا المذهب على جرائم الاعتداء على النفس بالنسبة الى المسلمين والذمين والمستأمنين ، فيقتص من القاتل العمد اذا تحققت شروط القصاص وفقا للمذهب الحنبلي على النحو الذي فصلناه في مبحث القصاص .

وبلاحظ هنا ان الشريعة الاسلامية تختلف في نظرتها الى القصاص مع القانون الجنائي العراقي والقانون الجنائي المصري « العربي » .
فهي تجعل القصاص حقا لاولياء المجني عليه ، ولهم ان يطلبوه وعلى القاضي الحكم لهم به ، كما ان لهم ان يعفو عنه فيسقط ولا يجب وان كان للقاضي ان يعاقب القاتل تعزيرا . اما في القانون العراقي والقانون المصري « العربي » فقد اعتبرت عقوبة القتل العمد من حق المجتمع ، ولهذا كان رفع الدعوى على القاتل من حق النيابة العمومية ، وليس لعفو اولياء المجنى عليه اثر في العقوبة المقررة ، ولكن يمكن اعتباره من الظروف القضائية المخففة ، فيؤدي الى تخفيف العقوبة او استبدالها بغيرها طبقا للمادة ١٧ من قانون العقوبات المصري « العربي » (١) .

٢٤٤ - اما الدييات الشرعية فلا يزال نظامها هو المعمول به في السعودية طبقا لاحكام المذهب الحنبلي .

اما في العراق والجمهورية العربية المتحدة فقد استعاض عن نظام الدييات بنظام التعويض . والتعويض بعناه الخاص هو ما يقابل الضرر مقوما بالنقود ، ويقدر بما يناسب الضرر ايا كان عدد المسؤولين في الجريمة ، ويحكم به في الجمهورية العربية المتحدة بناء على نص عام

(١) التشريع الجنائي الاسلامي للرحوم عبد القادر عودة ج ١ ص ٢٤٥ ، القصاص في الشريعة الاسلامية وفي قانون العقوبات المصري للدكتور احمد محمد ابراهيم ص ١٤٤ .

في القانون المدني هو نص المادة ١٦٣ (١) . وقد نصّ القانون المدني المصري « العربي » على ان القاضي يقدر التعويض بالنقد مراعيًا ظروف وقوع الضرر ، ويصح ان يكون التعويض مقسطا كما يصح ان يكون ايرادا مرتبا . ولا يجوز الحكم به الا للازواج والاقارب من الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب (٢) .

وفي العراق نصّ القانون المدني العراقي على الزام القاتل أو الجارح بالتعويض عما أحدثه من ضرر ، وفي حالة الوفاة بسبب الجرح أو أي فعل ضار آخر يلزم من أحدث الضرر بتعويض الاشخاص الذين كان يعملهم المصاب وحرّموا منه بسبب القتل أو الوفاة . كما نص على تعويض الأزواج والاقربين من أسرته عما أصابهم من ضرر ادبي بسبب موت المصاب . وتقدر المحكمة التعويض بقدر ما لحق المتضرر من ضرر وما فاته من كسب بشرط ان يكون هذا الكسب الفائت وذاك الضرر الواقع نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع الذي قام به الجاني . والمحكمة تعين طريقة التعويض تبعًا للظروف ، فيصح ان يكون التعويض اقساطا أو ايرادا مرتبا (٣) .

والذي أراه في هذا الباب ، عند تطبيق النظام الاسلامي في الديات ، ان تعتبر الدية الشرعية الحد الأدنى لما يحكم به لاولياء أي مقتول بغض النظر عن مركزه الاجتماعي أو مهنته أو عدد المتضررين بموته ، ويؤذن للمحكمة ان تحكم بمقدار من التعويض اذا وجدت ان مقدار الدية لا يكفي لتعويض اولياء المجني عليه أو من كان يعملهم

(١) شرح قانون العقوبات - القسم العام - للدكتور محمود محمود مصطفى ص ٤٨٧ ، وهامش رقم ١ ، والمادة ١٦٣ من القانون المدني المصري نصت على ان : كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض .

(٢) المواد ١٧٠ ، ١٧١ ، ٢٢٢ من القانون المدني المصري « العربي » .

(٣) المواد ٢٠٢ ، ٢٠٣ ، ٢٠٥ ، ٢٠٧ ، ٢٠٩ من القانون المدني العراقي .

المجني عليه (١) .

(١) ومقدار الدية الشرعية ، كما قلنا ، مائة من الإبل أو ألف دينار . . الخ : انظر ص ٢٤٦ من هذه الرسالة . والدية من الإبل هي الأصل ، ومقدارها ، على ما أرى ، توقيفي ، لان الأحاديث الصحيحة صريحة فيه : موطأ مالك ج ٤ ص ١٧٥ ، النسائي ج ٨ ص ٥٨ ، أبو داود ج ٦ ص ٣٨١ ، ابن ماجه ج ٢ ص ١٣٧ . اما مقاديرها من الأصناف الأخرى فقد لوحظ فيها تعادلها في القيمة مع دية الإبل ، يدل على ذلك أن عمر بن الخطاب ، عندما استخلف ، خطب في الناس ، فقال : الا ان الإبل قد غلت ، ففرضها على اهل الذهب ألف دينار ، وعلى اهل الورق اثني عشر ألف . . الخ : نيل الاوطار ج ٧ ص ٧٩ ، المغني ج ٧ ص ٧٥٩ . وعلى هذا ، أرى ، ان تكون الديات الشرعية ، عند تقنينها ، مائة من الإبل أو قيمتها من النقود ، كما انه يجوز الاخذ برأي المالكية وهو فرض الدية في كل بلد مما هو غالب عند اهله من ابل أو ذهب أو فضة حسب المقادير الواردة بها الآثار : الزرقاني على مختصر خليل ج ٨ ص ٣٠ ، كتاب البهجة في شرح التحفة للتسولي ج ١ ص ٣٥٣ ، وهذا الرأي وجيه لان الالتزام بالمقادير الواردة بها الآثار يمنع من « التنازع والاختلاف في قيمة الإبل الواجبة » كما يقول ابن قدامة : المغني ج ٧ ص ٧٦٣ .

الفصل الثامن

جرائم الاعتداء على مادون النفس وعقوباتها

تمهيد :

٢٤٥ - جرائم الاعتداء على ما دون النفس اعتداء على بدن الانسان دون ان يترتب عليه ازهاق الروح وهي اربعة أنواع :
الاول - قطع الاطراف وما يجري مجراها كقطع اليد والرجل واللسان والشفه .

الثاني - اذهاب معاني الاطراف مع بقاء اعيانها مثل اذهاب سمع الانسان .

الثالث - الشجاج وهي الجراحات في الرأس والوجه .
الرابع - الجراح في سائر البدن ^(١) .

٢٤٦ - وعقوبات هذه الجرائم : القصاص ، الدية الكاملة ، « دية النفس » والأرش مقدرا كان أو غير مقدرا ^(٢) .

اولا - القصاص :

وقد ثبت وجوبه بالنص والاجماع . قال تعالى : « وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والانف بالانف والاذن بالاذن والسن بالسن والجروح قصاص » . وجاءت السنة أيضا بوجوب القصاص فيما دون النفس كما في قصة الربيع بنت النضر التي كسرت

(١) الكاساني ج ٧ ص ٢٩٦ .

(٢) الكاساني ج ٧ ص ٢٩٧ . والأرش اسم للمال الواجب فيما دون النفس : الميداني ج ٢ ص ٤٤ ، فهو بهذا الاعتبار يشمل الدية الكاملة الواجبة فيما دون النفس .

— ٢٩٥ —

ثنية جارية فأمر النبي صلى الله عليه وسلم بالاقتصاص منها (١) .
وشروط القصاص هي شروط القصاص في النفس ، مع شرطين
آخرين هما : «أولاً» المماثلة بين محل الجريمة وبين ما يقابلها في الجاني
المراد الاقتصاص منه في هذا المحل . «ثانياً» أن يكون المثل ممكن
الاستيفاء (٢) .

ثانياً - الدية الكاملة :

وهذه تجب في قطع العضو الفردي أو الاثنين ان كان منه اثنان ،
او باذهاب معناه مع بقاءه صورة (٣) . ويشترط لوجوبها ان تكون
الجريمة خطأ فيما في عمده القصاص ، واما ما لا قصاص في عمده
فالعمد والخطأ فيه سواء (٤) .

ثالثاً - الارش :

وهو مقدر وغير مقدر ، فالارش المقدر هو ما قدر الشارع

(١) المغني ج ٧ ص ٧٠٢ ، ٧٠٣ ، ٧٠٧ ، تفسير القرطبي ج ٦ ص ١٩١
وما بعدها .

والاية الكريمة وردت في سورة المائدة ج ٦ الاية ٤٥ . وهي وان كانت
تبين بعض ما شرع لبني اسرائيل الا أنه قد قرر ذلك في حقنا كما
في حديث الربيع الذي ذكرناه : الروضة الندية شرح الدرر البهية
ج ٢ ص ٣٠٣ ، القصاص ج ١ ص ١٣٩ - ١٤١ .

وقد تعلق بهذه الاية من اخذ بشرع من قبلنا وأنه شرع لنا ، والمقصود
بشرع من قبلنا ما شرعه الله تعالى للامم السابقة واخبرنا به ولم
يثبت في الكتاب او في السنة وجوبه علينا او نسخة في حقنا . وقد
قال بشرع من قبلنا ، اكثر الشافعية واكثر الاحناف : ارشاد
الفحول ص ٢١٠ - ٢١١ ، تاريخ التشريع الاسلامي لاستاذنا محمد
سلام مذكور ص ٢٣٥ .

(٢) الكاساني ج ٧ ص ٢٩٧ ، الدر المختار ج ٥ ص ٤٨٥ . ويراجع في
شروط القصاص عند غير الحنفية : المغني ج ٧ ص ٧٠٣ ، ٧٧٧ ،
مغني المحتاج ج ٤ ص ٢٥ ، ٣٠ ، الشرح الصغير للرددير ج ٢
ص ٢٥٨ .

(٣) المغني ج ٨ ص ١ وما بعدها ، بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٥٢ ، الكاساني
ج ٧ ص ٣١١ - ٣١٢ ، سفينة النجاة ج ٢ ص ١٠٣ .

(٤) الكاساني ج ٧ ص ٣٢٣ .

مقداره كما في قطع اليد، اذ فيها نصف الدية • وقلم السن وفيها ونصف عشر الدية (١) •

ويشترط لوجوبه أن تكون الجريمة خطأ فيما في عمده القصاص ، فان كانت مما لا قصاص في عمده فالعمد والخطأ فيه سواء (٢) • ويرى الاحناف والشافعية ان أرش المرأة على النصف من أرش الرجل ، كما ان ديتها في النفس على النصف من دية الرجل • وعند الحنابلة ومالك والشيعة الامامية يتساويان الى حد ثلث الدية فان جاوز الثلث فأرشها على النصف من أرش الرجل (٣) •

اما الأرض غير المقدر ، فالاصل ان ما لا قصاص فيه من الجرائم على مادون النفس وليس فيه أرش مقدر ففيه حكومة ، مثل كسر العظام فان فيها حكومة عدل الا السن خاصة (٤) • ومعنى الحكومة هو أن يقدر الضرر بمبلغ من المال منسوباً الى الدية الكاملة كعشرها او خمسها ، بأن يقوم القاضي المجني عليه كأنه عبد لاجنانية به ثم يقوم به بعد الجنانية وبرئها وينسب الفرق بين القيمتين الى قيمته قبل الجنانية ، وبهذه النسبة من ديته يكون قدر الحكومة • فلو كانت قيمته قبل الجنانية عليه مائة دينار ، وقيمه بعد الجنانية وبرئها تسعون ديناراً فان فيه عشر الدية وهذا هو مقدار الحكومة (٥) •

واختلف الفقهاء فيما تحلله العاقلة من الديات والاروش ، فعند الاحناف يجب ان يكون الارش نصف عشر الدية الكاملة فصاعداً ، وعند الحنابلة ثلث الدية الكاملة ، وعند مالك ثلث دية الجاني او المجني

(١) المغني ج ٨ ص ٢ •

(٢) الكاساني ج ٧ ص ٣٢٣ •

(٣) الام ج ٦ ص ٩٢ ، المغني ج ٧ ص ٧٩٧ ، بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٥٥ ، سفينة النجاة ج ٢ ص ١٠٢ ، الكاساني ج ٧ ص ٣٢٢ •

(٤) الكاساني ج ٧ ص ٣٢٣ •

(٥) شرح الخرشي ج ٨ ص ٣٤ ، الماوردي ص ٢٢٦ • ٢٢٧ ، المختصر النافع ص ٣٢٥ ، المغني ج ٨ ص ٥٧ - ٥٨ : وهذا قول اهل العلم كلهم لا نعلم فيه خلافاً •

— ٢٩٧ —

عليه ، وعند الشافعي والشيعة الامامية تحمل العاقلة ما قل أو كثر دون تقييد بمقدار معين (١) .

وتتكلم فيما يلي عن عقوبات هذه الجرائم بالنسبة للذميين والمستأمنين ، وبالنسبة للمسلمين أيضا اذا ارتكبوا هذه الجرائم ضد الذميين والمستأمنين . فتتكلم عن عقوبة القصاص في المبحث الاول ، ثم عن الدية والأرض في المبحث الثاني ، ثم نبين ما عليه العمل الآن في المبحث الثالث .

لِمَبْحَثِ الْأَوَّلِ

القصاص

٢٤٧ — مذهب الحنفية :

الاصل عند الحنفية ، ان الاطراف ، أي ما دون النفس ، يسلك بها مسلك الاموال لانها وقاية للنفس كالاموال ، وحيث ان قيمة اطراف للمسلم وبالعكس . وكذلك يقتص من المستأمن للمسلم وللذمي فيما دون النفس متحققة ، فيجب القصاص بينهما ، فيقتص من الذمي للمسلم وبالعكس . وكذلك يقتص من المستأمن للمسلم وللذمي وللمستأمن لتحقيق المائلة بين اطرافهم لتساويهم في أرش الجناية على ما دون النفس (٢) .

- (١) الكاساني ج ٧ ص ٣٢٢ — ٣٢٣ ، مغني المحتاج ج ٤ ص ٩٨ ، كشف القناع ج ٤ ص ٣٨ ، المغني ج ٧ ص ٧٦٨ ، ٧٧٧ ، شرح الخرشني ج ٨ ص ٤٤ — ٤٥ ، المدونة الكبرى ، طبعة المطبعة الخيرية سنة ١٣٢٤ هـ ، ج ٤ ص ٤٨٠ ، جواهر الكلام ، المجلد المطبوع سنة ١٢٨٧ هـ ، كتاب الديات .
- (٢) الزيلعي ج ٦ ص ١١٢ ، رد المحتار ج ٥ ص ٤٨٨ ، اختلاف الفقهاء للطبري ص ٥٦ — ٥٧ .

ولكن لا يقتص من الذمي ولا من المسلم للمستأمن ، لانهم وان تساوا في الأرض فيما دون النفس ، مما يجعل المائلة فيما بينهم متحققة ، مما يستلزم القصاص ، الا ان المستأمن ليس بمعصوم الدم على التأييد ، اذ أن عصيته موقته ، بخلاف المسلم والذمي اذ أن عصيتهما مؤبدة ، فلا تتحقق المساواة بينه وبينهما في العصمة ، والمساواة في العصمة شرط لوجوب القصاص على الجاني فيما دون النفس ، وعلى هذا لا يقتص من الذمي ولا من المسلم للمستأمن وانما له عليها الأرض (١) .

٢٤٨ - مذهب الجمهور من الشافعية والحنابلة والزيدية والظاهرية وغيرهم :

والاصل عندهم ان من يثبت له القصاص في النفس يثبت له القصاص فيما دون النفس ، ومن لا يثبت له القصاص في النفس لا يثبت له القصاص فيما دون النفس . أي أن من يقتص له في النفس يقتص له فيما دون النفس ، وما لا فلا (٢) . وحيث أنهم يرون قتل الذمي والمستأمن بالمسلم وبالذمي والمستأمن (٣) ، ولا يرون قتل المسلم بغير المسلم (٤) ، فإن القصاص فيما دون النفس يجب على الذمي والمستأمن للمسلم وللذمي والمستأمن ، ولا يجب على المسلم لغير المسلم ، ذميا كان أو مستأمن .

(١) المبسوط ج ١٠ ص ٩٥ . الزيلعي وحاشية الشلبي ج ٣ ص ١٠٣ .
١١٢ ، رد المحتار ج ٥ ص ٤٨٨ ، اختلاف الفقهاء للطبري ص ٥٦ .
(٢) المفني ج ٧ ص ٦٧٩-٦٨٠ ، ٧٠٣ ، ٧٠٧ ، كشاف القناع ج ٣ ص ٣٤٧ ، الام ج ٦ ص ٤٠ ، فتح العزيز ج ١٥ ص ٢١١ ، المهذب ج ٢ ص ١٩٠ ، المحلى ج ١٠ ص ٣٥٢ ، شرح الازهار ج ٤ ص ٣٨٥ - ٣٨٩ ، الشرح الكبير للدردير ، ج ٤ ص ٢٥٠ ، والشرح الصغير للدردير ج ٢ ص ٣٥٨ ، سفينة النجاة ج ٢ ص ٩٤ ، المختصر النافع ص ٣١٤ .

(٣) ص ٢٤٨ - ٢٥٢ من هذه الرسالة .

(٤) ص ٢٥٤ من هذه الرسالة .

الا ان الشيعة الامامية والمالكية لهم رأى خاص في الاقتصاص من غير المسلم للمسلم .

فالشيعة الامامية يرون الاقتصاص من الذمي للمسلم مع أخذ المسلم من الذمي فاضل ما بين ديتيهما (١) . ويمكن أن يقاس المستأمن على الذمي ، فيكون مقتضى مذهبهم الاقتصاص من المستأمن للمسلم مع أخذ المسلم منه فاضل ما بين ديتيهما .

وأما المالكية فيرون عدم وجوب القصاص على غير المسلم في جنايته على المسلم فيما دون النفس بحجة عدم المماثلة بينهما ، لان أرض المسلم يختلف عن أرض غير المسلم اذ هو أكثر منه . وهذا هو المشهور عند المالكية ، وفي مذهبهم قول مصحح بالاقتصاص للمسلم من غير المسلم (٢) .

٢٤٩ - القول الراجح :

وقول الحنفية هو ما نرجحه في مسألة القصاص فيما دون النفس عدا قولهم بعدم الاقتصاص من المسلم والذمي للمستأمن بحجة عدم المساواة في العصاة . لان عصاة المستأمن ثابتة وقت الجناية عليه وهذا يكفي لثبوت مساواته في العصاة مع الجاني المسلم أو الذمي ، فينبغي الاقتصاص له منها .

(١) سفينة النجاة ج ٢ ص ٩٤ : يثبت القصاص في الطرف لمن يثبت له القصاص في النفس .. ويقتص المسلم من الذمي ويأخذ فاضل ما بين الدينين . ولا يقتص للذمي من المسلم . وقصاص الطرف هو القصاص فيما دون النفس وان لم يتعلق بالاطراف المشهورة كاليد ونحوها .

(٢) شرح الخرشني ج ٨ ص ١٤ : « والعبد والكافر اذا قطع يد الحر المسلم لا قصاص على العبد والكافر وان كان يقتص له منهما في النفس . هذا هو المشهور في المذهب ، وقال ابن عبدالحكم : هو مخير في القصاص او الدية . وقيل في القصاص وصحح . وانما لم يقتص الكامل من الناقص في غير النفس لان جرحه معه كاليد الشلاء مع الصحيحة » . وفي ص ١٦ منه : واليد الشلاء لا تقطع بالصحيحة لعدم المماثلة ولو رضي صاحب الصحيحة ... » .

— ٣٠٠ —

وأما قول الجمهور بعدم الاقتصاص من المسلم للذمي والمستأمن بناء على أصلهم الذي ذكرناه وهو أن من لا يثبت له القصاص في النفس لا يثبت له القصاص فيما دون النفس ، فيمكن الرد عليه بأن المسلم يقتل بالذمي والمستأمن كما رجحنا ^(١) ، فينبغي أن يقتص منه لهما بناء على أصلهم .

وأما قول الشيعة الإمامية بالاقتصاص من الذمي للمسلم مع اخذ المسلم منه فاضل ما بين ديتيهما ، فهذا يشبه قولهم أن الذمي يقتل بالذمية مع الرد الى أوليائه فاضل ديته عن ديتها ، وقد بينا ضعف هذا القول ^(٢) . كما أنه من غير المألوف في الشريعة اجتماع القصاص والأرش على الجاني ، وقد أجمع العلماء على أن الدية لا تجتمع مع القصاص ^(٣) . وهذا الاجتماع وإن كان في القصاص في النفس إلا أنه يمكن أن يقاس عليه القصاص فيما دون النفس ، فلا يجتمع مع الأرش .

وأما قول المالكية ، على المشهور في مذهبهم ، أن المسلم لا يقتص له من غير المسلم بحجة عدم المائلة ، لاختلافهما في الارش ، فمردود بأن القصاص من حق المجني عليه ، فيجب أن يسكن منه إذا اراده ولو أن أرش الجاني أقل من أرش المجني عليه .

لِمَجَّثِ الثَّانِي

الدية والارش

٢٥٠ - قال الفقهاء الاسلام ليس بشرط في وجوب الدية في النفس لا في جانب الجاني ولا في جانب المجني عليه ^(٤) . وكذلك

(١) ص ٢٦٨ - ٢٧٣ من هذه الرسالة .

(٢) ص ٢٤٩ من هذه الرسالة .

(٣) تفسير القرطبي ج ٢ ص ٢٤٨ .

(٤) ص ٢٧٣ من هذه الرسالة .

— ٣٠١ —

الحال بالنسبة لوجوب الدية الكاملة او الارش في الجنايات على مادون النفس ، فلا يشترط الاسلام لا في الجاني ولا في المجني عليه .
٢٥١ - مقدار الدية الكاملة والارش :

اذا لزم المسلم او الذمي او المستأمن الدية الكاملة بسبب الاعتداء على مادون النفس ، كما لو قطع احدهم يدي انسان معصوم الدم ، فان الدية يتحدد مقدارها بالنظر الى صفة المجني عليه من كونه مسلما او غير مسلم . فان كان المجني عليه مسلما فديته دية المسلم في النفس (١) ، وان كان غير مسلم فديته دية غير المسلم في النفس (٢) اما اذا كانت الجناية على ما دون النفس تستوجب الارش المقدر ، كما في قطع اليد او الاصبع او قلع السن ، فان الارش يتحدد بالنسبة الى الدية الكاملة للمجني عليه مسلما كان أو غير مسلم ، لان القاعدة عند الفقهاء هي ان اروش جراحات غير المسلم تكون بالنسبة الى دية ، كما ان اروش جراحات المسلم تكون بالنسبة الى دية . وهذا ما صرح به الشافعية والحنابلة والمالكية والاباضية (٣) . وهو مذهب الحنفية أيضا الا انه لا اختلاف عندهم بين أرش المسلم وغير المسلم لتساوي ديتهما في النفس ، بل قالوا أن أرش المسلم وغير المسلم سواء (٤) . ومذهب الشيعة الامامية كمذهب من ذكرنا ، الا انهم صرحوا بارش الذمي ولم يذكروا المستأمن ، وقصروا وجوب الارش للذمي اليهودي

(١) ص ٢٤٦ من هذه الرسالة .

(٢) ص ٢٧٥ - ٢٧٦ من هذه الرسالة .

(٣) كشف القناع ج ٤ ص ١٢ : « وجراحاتهم ، اي اهل الكتابين ، من دياتهم كجراحات المسلمين من دياتهم » . وشرح منتهى الارادات ج ٤ ص ١٦ : « وجراح المجوس وعابد وثن وغيره من المشركين واطرافهم بالنسبة الى ديته ، كما ان جراح المسلم واطرافه بالحساب من ديته » . وشرح الخرخشي ج ٨ ص ٣٢ : « ودية جراح غير المسلم كجراح المسلم من ديته » . مغني المحتاج ج ٤ ص ٥٧ ، ٥٨ شرح النيل ج ٨ ص ٥٦ .

(٤) الهداية ج ٨ ص ٢٧٢ .

والنصراني والمجوسي فقط ^(١) .
 اما الأرض غير المقدّر « الحكومة » فمن طبيعته أنه يكون بالنسبة
 الى دية المجني عليه الكاملة على ما قاله الفقهاء في معنى الحكومة ^(٢) .
 وما قلناه عن اختلاف الفقهاء في ارش المرأة وهل تساوي ارش
 الرجل أم لا تساويه ^(٣) ، يقال هنا أيضا بالنسبة الى ارش النساء غير
 المسلمات ، وهذا ما صرح به الحنابلة والمالكية والشيعة الامامية ^(٤) .

لِمَبْجَثِ الثَّالِثِ

ما عليه العمل في الوقت الحاضر

٢٥٢ — أحكام الفقه الاسلامي صريحة في وجوب القصاص فيما
 دون النفس اذا ما تحققت شروط القصاص على اختلاف بين
 الفقهاء في هذه الشروط . والواقع ان الشريعة الاسلامية في تشريعها
 القصاص في هذه الجرائم سارت على نهجها في مبدأ القصاص . فالاصل
 الذي أخذت به هو « وجزاء سيئة سيئة مثلها » ^(٥) . فيجب أن ينال

(١) شرح اللمعة ج ٢ ، من كتاب الديات : ودية الذمي يهوديا كان او
 نصرانيا او مجوسيا ثمانمائة درهم . ودية الذمية نصفها اي اربعمائة
 درهم ، ودية اعضائهما وجراحاتهما من ديتهم كدية اعضاء المسلم
 وجراحاته من ديته ... ولا دية لغير الثلاثة من اصناف الكفار .

(٢) ص ٢٩٧ من هذه الرسالة .

(٣) ص ٢٩٧ من هذه الرسالة .

(٤) المغني ج ٧ ص ٨٩٨-٧٩٧ : « وتساوي جراح المرأة جراح الرجل الى
 ثلث الدية فان جاوز الثلث فعلى النصف . . فاما دية نساء سائر
 اهل الاديان ، فقال اصحابنا تساوي دياتهن ديات رجالهن الى
 الثلث » . شرح الخرشني ج ٨ ص ٤٣ : « تساوي المرأة الرجل من اهل
 دينها الى ثلث ديته فترجع حينئذ لديتها » . سفينة النجاة ج ٢
 ص ١٠٢ : « دية الذمي ثمانمائة درهم ودية الذمية نصفها ، وتساوي
 دية الرجل منهم والمرأة في الجراحات والاطراف الى ان تبلغ ثلث
 الدية فتتنصف كالمسلم » .

(٥) سورة الشورى ج ٢٥ الآية ٤ .

الجاني من الجزاء مثل ما فعله هو في المجني عليه كلما كانت المماثلة ممكنة .

وأحكام الفقه الاسلامي ، طبقا للمذهب الحنبلي ، والتي ذكرناها ، هي المطبقة الان في العربية السعودية بالنسبة للمسلمين ، ولغير المسلمين سواء كانوا مواطنين أو اجانب .

أما في الجمهورية العربية المتحدة وكذا في العراق ، فالمطبق فيها في الجرائم على مادون النفس هو ما نصت عليه النصوص العقابية في هاتين الدولتين ، وليس في هذه النصوص عقوبة القصاص في هذه الجرائم وانما فيها الاشغال الشاقة أو السجن ^(١) ، حسب جسامته الجريمة ونوع الاعتداء وما يفوته الجاني على المجني عليه من اعضائه ومنافعها ^(٢) . والواقع أن هذه العقوبات التي نص عليها القانون الجنائي في العراق وفي الجمهورية العربية المتحدة تصلح ان تكون عقوبات تعزيرية عند عدم توافر شروط القصاص طبقا للفقه الاسلامي . والذي اراه ، في موضوع الجرائم على ما دون النفس ، وجوب الاخذ بالاحكام الفقهية فانها اكثر ردعا وزجرا للمعتدين فضلا عن انها واجبة التطبيق شرعا . واذا قيل ان فيها قسوة فالجواب ان الاعدام

(١) السجن عرفته المادة ١٦ من قانون العقوبات المصري بأنه « وضع المحكوم عليه في أحد السجون العمومية وتشغيله داخل السجن أو خارجه في الاعمال التي تعينها الحكومة المدة المحكوم بها عليه ولا يجوز ان تنقص تلك المدة عن ثلاث سنين ولا ان تزيد على خمس عشرة سنة الا في الاحوال الخصوصية المنصوص عليها قانونا » . اما الحبس فقد عرفته المادة ١٨ من قانون العقوبات المصري بقولها : « عقوبة الحبس هي وضع المحكوم عليه في أحد السجون المركزية أو العمومية المدة المحكوم بها عليه ، ولا يجوز ان تنقص هذه المدة عن اربع وعشرين ساعة ولا تزيد عن ثلاث سنين الا في الاحوال المنصوص عليها قانونا » .

(٢) انظر المواد ٢٣٦ ، ٢٤٠ ، ٢٤١ ، ٢٤٢ ، ٢٤٤ ، من قانون العقوبات في الجمهورية العربية المتحدة .
وانظر المواد ٢١٧ ، ٢٢١ - ٢٢٨ من قانون العقوبات البغدادي في العراق .

— ٣٠٤ —

أكثر قسوة ومع هذا لا يزال مأخوذاً به في التشريعات الوضعية ، وأنه إذا جاز ازهاق روح الإنسان وتقويت الحياة عليه لازهاقه روح غيره فلم لا يجوز أن يفوت على هذا الجاني جزء من بدنه وقد فوت هو باعتدائه مثله على غيره ؟ والجزء على كل حال أهون من الكل ؟ . كما أننا لا بد أن نقول هنا أن القصاص فيما دون النفس لا يتحقق غالباً لتعسر تحقق شروطه مما يجعل الغالب في هذه العقوبة التخفيف وقلة التنفيذ .

٢٥٣ - أما فيما يخص الديات والاروش في جرائم الاعتداء على مادون النفس ، فإن الأحكام الفقهية المتعلقة بها لا تزال مطبقة في العربية السعودية حسب المذهب الحنبلي .
أما في العراق والجمهورية العربية المتحدة فلا يعمل بما قرره الفقه الإسلامي بخصوص الديات والاروش وإنما يؤخذ بنظام التعويض على النحو الذي فصلناه في بحث جرائم الاعتداء على النفس^(١) .

(١) فقرة ٢٤٣ ص ٢١٣ - ٢١٤ من هذه الرسالة .

الفصل الرابع

في جرائم الاعتداء على الاعراض

نقسم هذا الفصل الى بحثين : الاول - للكلام عن جريمة الزنى وهي من جرائم الاعراض . والثاني - للكلام عن جريمة القذف وهي أيضا من جرائم الاعراض .

المبحث الأول

جريمة الزنى

تمهيد :

٢٥٤ - جريمة الزنى من جرائم الحدود . وهي فعل محرم بالنص ، قال تعالى « ولا تقربوا الزنى انه كان فاحشة وساء سبيلا » وقد عرف المالكية الزنى بانه « كل وطء وقع على غير نكاح ولا شبهة نكاح ولا ملك يمين » (١) .

٢٥٥ - عقوبة الزنى :

أ - الجلد : والاصل فيه قوله تعالى « الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ... » (٢) . وجاءت السنة مقررة عقوبة

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٦٢ . وآية « ولا تقربوا الزنى ... » في سورة الأسراء ج ١٥ ، الآية ٣٢ . وهناك تعاريف أخرى لجريمة الزنى انظر : الكاساني ج ٧ ص ٣٣ ، الماوردي ص ٢١٥ ، ابو يعلى الحنبلي ص ٢٤٧ .

(٢) سورة النور ج ١٨ ، الآية ٢ .

الجلد ، من ذلك ما روى عن النبي « ص » انه جلد رجلا ، أقرّ بزناه ،
مائة جلدة وكان بكرا ^(١) . ولا خلاف بين الفقهاء في وجوب الجلد على
الزاني اذا لم يكن محصنا ^(٢) .

ب - الرجم : وقد ثبت بقول الرسول « ص » وأجمع عليه
الصحابه والمسلمون ولم يشذ عن هذا الاجماع الا الخوارج ^(٣) .
ومعناه رجم الزاني بالحجارة أو ما يقوم مقامها حتى الموت ^(٤) . وأجمع
أهل العلم على أن الرجم لا يجب الا على المحصن ^(٥) . وللأحصان
شروط منها : الاسلام . الا ان هذا الشرط ليس محل اتفاق بين الفقهاء ،
فالحنابلة والشافعية والشيعة الامامية والامام ابو يوسف لا يشترطونه ،
والمالكية وابو حنيفة وصاحبه الامام محمد يجعلونه شرطا في
الأحصان ^(٦) .

ج - التغريب : وهو نفي الزاني عن البلد الذي زنى فيه الى
بلد غيره ^(٧) . وقد اختلف العلماء في وجوبه مع الجلد . فعند الحنفية
لا تغريب اصلا مع الجلد الا اذا رأى الامام المصلحة فيه فيكون تغريزا
لأحدا ، وهذا مذهب الزيدية أيضا . وعند الشافعي والحنابلة لا بد من
تغريب الزاني غير المحصن لمدة سنة مع جلده سواء أكان ذكرا أم

(١) تيسير الوصول ج ٢ ص ٧

(٢) المغني ج ٨ ص ١٦٦ - ١٦٧ : المبسوط ج ٩ ص ٣٦ . الكاساني
ج ٧ ص ٣٩ .

(٣) بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٦٣ ، البحر الزخار ج ٥ ص ١٤٠ - ١٤١ .
المغني ج ٨ ص ١٥٧ ، المبسوط ج ٩ ص ٣٦ .

(٤) الماوردي ص ٢١٥

(٥) المغني ج ٨ ص ١٦١ . ومن وجب عليه الرجم لا يجلد عند جمهور
الفقهاء : بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٦٣ - ٣٦٤ .

(٦) الكاساني ج ٧ ص ٣٧ - ٣٨ ، المبسوط ج ٩ ص ٩٥ ، بداية المجتهد
ص ٣٦٤ ، المغني ج ٨ ص ١٦٣ ، الماوردي ص ٢١٥ ، أبو يعلى
الحنبلي ص ٢٤٨ ، سفينة النجاة ج ٢ ص ٦٥ .

(٧) المغني ج ٨ ص ١٦٩ .

— ٣٠٧ —

اثنى • وقال مالك يغرب الرجل ولا تغرب المرأة وبه قال الاوزاعي^(١) ،
٢٥٦ — واللواط يدخل في مفهوم الزنى عند الجمهور كالمالكية
والشافعية والحنابلة وابي يوسف ومحمد صاحبي ابي حنيفة • وعند
أبي حنيفة لا يدخل في مفهوم الزنى ولا يجب فيه الحد وانما فيه
التعزير^(٢) •

وتكلم فيما يلي ، في مطالب متتالية ، عن عقوبة الزنى بالنسبة
للذمي ، والمستأمن ، والمسلم اذا زنى بدمية أو مستأمنة ، ثم نبين
ما عليه العمل الآن •

للمطلب الأول

عقوبة الذمي على جريمة الزنى

٢٥٧ — مذهب الحنفية والحنابلة والشافعية والظاهرية والزيدية :

يرى فقهاء هذه المذاهب وجوب اقامة حد الزنى على الذمي ،
وحجتهم ان النبي صلى الله عليه وسلم رجم اليهوديين الذين زنيا ، ما
يدل على وجوب اقامة حد الزنى على الذمي كالمسلم • كما ان الذمي
التزم بعقد الذمة احكام الاسلام في المعاملات والعقوبات ، وصار بعقد
الذمة من اهل دار الاسلام فتقام عليه الحدود كلها الا حد الخمر لانه
لا يعتقد حرمة شربه ، بل ان الظاهرية يرون اقامة حد الخمر عليه

- (١) الهداية ج ٤ ص ١٣٤ ، الدر المختار ج ٣ ص ٢٠٣ ، شرح الكنز
للزيلعي ج ٣ ص ١٧٣ - ١٧٤ ، المبسوط ج ٩ ص ٤٤ - ٤٥ ،
المأوردي ص ٢١٥ ، بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٦٤ - ٣٦٥ ، المغني
ج ٨ ص ١٦٧ - ١٦٨ ، المحلى ج ٤ ص ٤٢٥ ، المحلى ج ١١ ص
١٥٨ - ١٦٠ ، البحر الزخار ج ٥ ص ١٤٨ •
(٢) الشرح الصغير للدردير ج ٢ ص ٣٩٠ ، ٣٩٣ ، الكاساني ج ٧ ص ٣٤ ،
مفني المحتاج ج ٤ ص ١٤٤ ، كشف القناع ج ٤ ص ٥٦ - ٥٧ •

ايضا (١) .

٢٥٨ - مذهب الشيعة الامامية :

اذا زنى الذمي بمسلمة مطاوعة أو مكرهة ، عاقدا عليها أم لا ، فعقوبته في هذه الحالة القتل ولا يسقط عنه باسلامه ، اما اذا زنى الذمي بذمية او كافرة غير ذمية فللامام اقامة الحد عليه بموجب شرع الاسلام او دفعه الى أهل دينه ليقيموا عليه العقوبة حسب معتقدهم (٢) .

٢٥٩ - مذهب المالكية :

عند المالكية لا يقام حد الزنى على غير المسلم وانما يدفع الذمي الزاني الى أهل دينه ليقيموا عليه ما يعتقدونه من العقوبة (٣) . واحتج مالك بما روى عن عمر وعلي انها سئلا عن ذميين زنيا فقالا : يدفعان الى أهل دينهما (٤) . وقد رد الحنفية على قول مالك : بأن رسول الله

(١) الهداية ج ٤ ص ١٥٤ ، شرح السير الكبير ج ١ ص ٢٠٧ ، شرح الكنز للزيلعي وحاشية الشلبي ج ٣ ص ١٨٢-١٨٣ ، كشف القناع ج ٤ ص ٥٤-٥٥ ، الام للشافعي ج ٤ ص ١٠٩ ، المهذب ج ٢ ص ٢٧٣ ، فتح العزيز ج ٤ ص ١٩٩ ، البحر الزخار ج ٥ ص ١٤٢ ، ٤٦٢ .

وحديث رجم اليهوديين رواه البخاري ج ١٠ ص ١١ ، مسلم ج ٧ ص ٢٤٤-٢٤٦ ، الطيالسي ج ١ ص ٣٠١ .

(٢) سفينة النجاة ج ٢ ص ٦٤ ، شرح اللمعة ج ٢ : « ... وكذا يشبت الحد بالقتل للذمي اذا زنى بمسلمة مطاوعة او مكرهة عاقدا عليها أم لا » . وجواهر الكلام ، المجلد المطبوع سنة ٢٨٧ هـ : « ولو زنى الذمي بذمية او كافرة غير ذمية دفعه الامام الى أهل نحلته ليقيموا الحد على معتقدهم ، وان شاء اقام الحد بموجب شرع الاسلام بلا خلاف أجده فيه . واذا زنى بمسلمة فعلى الامام قتله » .

(٣) المدونة الكبرى طبعة المطبعة الخيرية سنة ١٣٢٤ هـ ج ٤ ص ٣٨٤ : « أرايت لو أن أربعة مسلمين شهدوا على رجل مسلم أنه زنى بهذه الذمية ، أيحد المسلم وترد الذمية الى أهل دينها أم لا في قول مالك ، قال : نعم ترد الى أهل دينها عند مالك ويحد المسلم » . والمواق ج ٦ ص ٢٩٤ ، الزرقاني على مختصر خليل ج ٨ ص ٧٥ .

(٤) المبسوط ج ٩ ص ٥٧ .

— ٣٠٩ —

صلى الله عليه وسلم أقام حدّ الرجم على اليهوديين وكانا ذميين ، ولنا في رسول الله أسوة حسنة ، وبأنّ الذمي صار من أهل دار الاسلام والتزم أحكامنا فيما يرجع الى المعاملات ، وهو يعتدّ حرمة الزنى كما يعتدّه المسلم فيقام عليه الحاء كما يقام على المسلم تطهيراً لدار الاسلام من الفواحش (١) .

٢٦٠ — والراجح من أقوال الفقهاء وجوب إقامة حد الزنى على الذمي ، لأنّ النبي صلى الله عليه وسلم رجم اليهوديين الذين زنيا ، وهذا يدل على ان الذمي يحد حد الزنى (٢) . ولا أرى دفعه الى أهل ملته كما قال بعض الفقهاء ، لأنّ الجرائم تهم الدولة الاسلامية وتحصر على مكافحتها ، ومن واجبات الإمام اقامة الحدود الشرعية على من في دار الاسلام فكيف يصح دفع المجرم الى جهة غير مسؤولة لايقاع العقاب عليه ؟

المطلب الثاني

عقوبة المستأمن على جريمة الزنى

٢٦١ — يرى الإمام أبو حنيفة وصاحبه الامام محمد عدم إقامة حد الزنى على المستأمن ، لأنّ الأصل عندهما ان المستأمن لا تقام عليه الحدود التي هي حق الله تعالى كحد الزنى والسرقة وقطع الطريق . وعند أبي يوسف تقام الحدود كلها ، ومنها حد الزنى ، على المستأمن إلا حد الشرب .

وحجة أبي حنيفة ومحمد هي ان المستأمن ليس من أهل دارنا ولم يلتزم بالأمان الموقت جميع أحكامنا ، بل التزم منها ما يرجع الى حقوق العباد فقط ، لأن دخوله دار الاسلام كان لقضاء حاجته وهي لا تستلزم إلا التزامه بالأحكام التي ترجع الى حقوق العباد ، ولهذا تقام عليه

(١) نيل الاوطار ج ٧ ص ٩٢ ، ٩٣ .

(٢) المبسوط ج ٩ ص ٥٧ .

— ٣١٠ —

المقوبات التي هي من حقوق العباد كالقصاص وحد القذف ، واما حقوق الله تعالى ، ومنها حد الزنى فلا تلزمه لأنه لم يلتزمها ، ولهذا لا تضرب عليه الجزية ولا يمنع من الرجوع الى دار الحرب مع ان منعه من الرجوع لئلا يكون حرباً علينا ، واجب علينا حقاً لله تعالى ، فعلم بذلك انه حربي على حاله وان حكم الأمان لا يظهر بالنسبة الى حقوق الله تعالى ، وهذا بخلاف الذمي فإنه بالأمان صار من أهل دار الاسلام فتجري عليه أحكامها في الدنيا .

اما حجة ابي يوسف فهي ان المستأمن التزم أحكامنا في المعاملات مدة مقامه في دار الاسلام ، كما ان الذمي التزمها مدة عمره ، ولهذا يحد المستأمن حد القذف ويقتل قصاصاً ، فيجب أن يقام عليه حد الزنى أيضاً . ثم ان المستأمن يعتقد حرمة الزنى لأنه حرام في الأديان كلها ، وقد تمكن الإمام من إقامة الحد عليه لأنه في دارنا ، فيجب أن يقيم هذا الحد عليه ، لأن الحدود الشرعية تقام صيانة لدار الاسلام من الفساد ، فلو قلنا لا تقام على المستأمن ، مع قدرة الإمام على إقامتها لكان ذلك من الاستخفاف بالمسلمين ، وما أعطيناه الأمان ليستخف بالمسلمين (١) .

وقد وافق الإمام مالك والحنابلة أبا حنيفة اذا كان زنى المستأمن بغير مسلمة . اما اذا كان زناه بمسلمة فالواجب عندهم قتله لا تتقاض أمانه بما فعل ولا يجب مع القتل حد سواء . ومذهب الشافعية ، على المشهور عندهم ، كمذهب ابي حنيفة لأن حد الزنى من حقوق الله ، والمستأمن لم يلتزم حقوق الله ، ولكن اذا شرط عليه بعقد الأمان الكف عن الزنى ، فخالف وزنى ، فإن الحد يقام عليه (٢) .

- (١) شرح السير الكبير ج ١ ص ٢٠٥ - ٢٠٧ ، المبسوط ج ٩ ص ٥٥ - ٥٦ ، الهداية وشرح العناية وفتح القدير ج ٤ ص ١٥٤ - ١٥٦ ، شرح الكنز للزيلعي وحاشية الشلبي ج ٣ ص ١٨٢ - ١٨٣ .
(٢) نيل الاوطار ج ٧ ص ٩٣ المغني ج ٨ ص ٢٦٨ ، كشف القناع ج ٤ ص ٥٥ ، شرح منتهى الارادات ج ٤ ص ٧٨ ، مغني المحتاج ج ٤ ص ١٤٧ ، المهذب ج ٢ ص ٢٨٠ - ٢٨١ ، فتح العزيز ج ١٤ ص ٢٤٦ ، الام ج ٧ ص ٣٢٦ .

— ٣١١ —

ووافق أبا يوسف ، في مذهبه ، الإمام الأوزاعي والزيدية والشيعة
الامامية اذا كان زنى المستأمن بغير مسلمة ، أما اذا كان زناه بمسلمة
فالواجب قتله (١) .

٢٦٢ — والراجح ، كما أراه ، هو القول بإقامة حد الزنى على
المستأمن ، لأن الزنى محرم في جميع الأديان والشرائع ، وضرره يعم
الجماعة كلها ويدنس دار الاسلام ، وهذه الأضرار والمفاسد لا تنتفي
اذا كان الزاني مستأمناً . والأحاديث المروية عن النبي صلى الله عليه
وسلم ، والتي فيها إقامة حد الزنى على الذمي ، تدل على ان المستأمن
يقام عليه الحد أيضاً لأنه ملحق بالذمي بجامع الكفر بينهما (٢) .
والشريعة الاسلامية الأصل فيها العموم ، كما قلنا ، فتطبق كل ما أمكن
التطبيق ، وتطبيقها ميسور في دار الاسلام لثبوت ولاية الإمام على من
فيها فيجب أن تطبق العقوبات الشرعية على من يرتكب الجرائم في دار
الاسلام ، مسلماً كان أو غير مسلم . اما القول بأن حد الزنى من حقوق
الله تعالى ، وان المستأمن لم يلتزم من الأحكام ما يرجع الى حقوق
الله تعالى ، فقول لا يصلح لاعفاء المستأمن من عقوبة الزنى ، لأن حق
الله هو حق الجماعة ، كما يقول الأخناف أنفسهم ، وحق الجماعة أولى
بالرعاية فلا يجوز التفريط فيه .

المطلب الثالث

عقوبة المسلم اذا زنى بنميمة او مستأمنة

٢٦٣ — لم يشترط الفقهاء لوجوب حد الزنى على المسلم ان يكون

(١) اختلاف الفقهاء للطبري ص ٥٤ ، البحر الزخار ج ٥ ص ١٤٢ ،
الخلاص للطوسي ج ٣ ص ٢٠٢ : المستأمن اذا دخل دار الاسلام ...
وان زنى بمشركة وجب عليه الجلد ان كان بكراً والرجم ان كان
محصناً ، وان زنى بمسلمة كان عليه القتل محصناً كان أو غير
محصن .

(٢) نيل الأوطار ج ٧ ص ٩٣ .

- ٣١٢ -

زناه بمسلمة . وانما الذي اشترطوه ، لإقامة حد الزنى عليه ، هو ان يظاً الرجل امرأة محرمة عليه من غير عقد ولا شبهة له في الوطء أو العقد (١) . وهذا في الحقيقة أمر مفهوم لأن الزنى حرام ولا يحل للمسلم أن يظاً امرأة إلا بنكاح أو ملك يمين ، فلا يباح للمسلم أن يزني ، فإذا زنى ، اقيم عليه الحد سواء كان المزني بها مسلمة أو ذمية أو مستأمنة . ومع ذلك فقد صرح بعض الفقهاء بأن المسلم اذا زنى بمستأمنة حدٌ حد الزنى (٢) .

المطلب الرابع

ما عليه العمل الآن في عقوبة الزنى

٢٦٤ - في العربية السعودية تطبق على جريمة الزنى العقوبات الشرعية طبقاً للمذهب الحنبلي . أما في الجمهورية العربية المتحدة فقد هجرت هذه العقوبات الشرعية ، وشرع بدلها عقوبة الحبس في بعض حالات الزنى فقط . لأن قانون العقوبات المصري « العربي » لا يعتبر كل وطء محرم زنى معاقب عليه ، وانما يعتبره زنى اذا حصل من أحد الزوجين ويعاقب عليه اذا حرك الدعوى الجنائية الزوج الآخر . أما فيما عدا ذلك فلا يعتبره زنى وانما يعتبره وقاعاً أو هتك عرض ، ويدخل اللواط في مفهوم هتك العرض . ولا يعاقب على الوقاع أو هتك العرض اذا وقع بالتراضي ، وانما يعاقب عليه اذا وقع بإكراه أو رضا المفعول به معيماً بأن لم يبلغ ثمانية عشر عاماً . ويعاقب القانون الرجل والمرأة في حالة الزنى ، ولا يعاقب إلا الفاعل في هتك العرض أو الوقاع ، لأن

- (١) المذهب ج ٢ ص ٢٨٣ : اذا وطئ رجل من اهل دار الاسلام محرمة عليه من غير عقد وغير ملك ولا شبهة ملك وهو بالغ عاقل مختار عالم بالتحريم وجب عليه الحد . والمغني ج ٨ ص ١٨١ .
(٢) الخراج لأبي يوسف ص ١٨٩ ، فتح القدير ج ٤ ص ١٥٥ ، الشرح الصغير للدردير ج ٢ ص ٣٩٠ .

القانون لا يعتبر الفعل جريمة ما دام المفعول به راضياً ، فإن كان رضاه منعدماً ، كما في الإكراه ، أو كان رضاه معيباً ، اعتبره القانون مجنياً عليه لا جانياً ^(١) . وما قلناه عن حكم جريمة الزنى في الجمهورية العربية المتحدة يقال أيضاً عن حكم هذه الجريمة في العراق ^(٢) .

وأساس الاختلاف بين الشريعة الإسلامية وبين القوانين الوضعية ، ومنها القانون المصري « العربي » والعراقي ، في مسألة الزنى ، هو ان الأخيرة تعتبر الزنى من المسائل الشخصية التي لا تمس مصلحة الجماعة ، فما دامت هذه الجريمة قد تمت عن تراض فإن القانون لا يهتم بها ولا يعتبرها جريمة إلا اذا كان أحد طرفي الجريمة زوجاً ففي هذه الحالة يعاقب على الفعل لحق الزوج الآخر . اما الشريعة الإسلامية فإنها تعتبر الزنى من الجرائم المضرة بمصلحة الجماعة وتعتبرها اعتداء على كيان الأسرة التي هي أساس الجماعة ، ولهذا اعتبرت عقوبة الزنى من حقوق الله سبحانه وتعالى .

ونظرة الشريعة الإسلامية الى جريمة الزنى أسد وأصح من نظرة القوانين الوضعية اليها ، لأن الزنى جريمة خطيرة لا يصح اعتبارها من الأمور الشخصية التي لا تمس مصلحة المجتمع ، فهي تضر بمصلحته وتؤثر في كيان الأسرة التي هي الخلية الأولى في بناء المجتمع . وعلى أساس نظرة الشريعة هذه جاءت عقوبة الزنى مؤثرة رادعة كافية للزجر ومنع الإنسان من الوقوع في هذه الجريمة اذا ما دعت اليها نفسه ابتغاء لذة محرمة عاجلة .

واذا قيل ان هذه العقوبة لا تتفق وروح العصر وكرامة الإنسان ، فالجواب سهل ميسور ، ذلك ان المطلوب في كل عصر محاربة الرذيلة والفساد ، ولا يمكن أن يأتي عصر فاضل تنتفي فيه الحاجة الى محاربة

(١) التشريع الجنائي الاسلامي للمرحوم عبدالقادر عودة ج ٢ ص ٢٤٦ .

والمواد ٢٦٧ — ٢٧٩ من قانون العقوبات المصري « العربي » .

(٢) المواد من ٢٣٢ — ٢٤٠ من قانون العقوبات البغدادي .

— ٣١٤ —

الرذيلة والفساد . واما كرامة الإنسان فإن الزاني هو الذي أهدرها بفعله القبيح فليلق بعض جزاء ما قدمت يداه .

هذا وان « أغلب شراح القوانين اليوم يفكرون في العودة الى تقرير عقوبة الجلد ويسعون في وضع هذه الفكرة موضع التنفيذ ، وقد اقترح فعلاً في فرنسا تقرير عقوبة الجلد على أعمال التعدي الشديد التي تقع على الأشخاص » ^(١) . وعقوبة الجلد لا تزال مقررة في القانون الجنائي الانجليزي ، وفي الولايات المتحدة الأمريكية يعاقب بها المسجونون ^(٢) .

ومن جميع ما تقدم تبين ان الجلد ، كعقوبة على جريمة الزنى ، تلائم هذه الجريمة وتصلح للتطبيق وتردع المجرمين فيجب الأخذ بها ووضعها موضع التنفيذ .

المبحث الثاني

جريمة القذف

تمهيد :

٢٦٥ - القذف شرعاً الرمي بالزنى أي نسبة الشخص الى الزنى بشروط معينة ^(٣) . وهو محرم بنص القرآن الكريم ويوجب الحد وهو الجلد ثمانون جلدة اذا ما توافرت شروط الجريمة ، قال تعالى « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون » ^(٤) . والنص وان ورد في المحصنات ، لكن الحكم يثبت في المحصنين أيضاً ، وعليه

(١) التشريع الجنائي الاسلامي ج ١ ص ٦٣٦ - ٦٣٧ .

(٢) المرجع السابق ص ٦٣٨ .

(٣) الدر المختار ج ٣ - ص ٢٣٠ ، الكاساني ج ٧ ص ٤٠ ، المغني ج ٨ ص ٢١٥ .

(٤) سورة النور ج ١٨ الآية ٤ .

الاجماع (١) .

وترد شهادة المحدود بالقذف إلا اذا تاب فتجوز شهادته عند مالك والشافعية والحنابلة ، ولا تجوز أبداً عند أبي حنيفة ولو تاب (٢) ،

٢٦٦ - شروط وجوب حد القذف :

يشترط لوجوب حد القذف شروط منها أن يكون القاذف بالغاً عاقلاً (٣) ، وأن يكون المقدوف محصناً رجلاً كان أو امرأة (٤) . وشرائط الاحصان هي العقل والبلوغ والحرية والعفة عن الزنى والاسلام (٥) . وعند الظاهرية الاسلام ليس بشرط ، محتجين بعموم قوله تعالى « والذين يرمون المحصنات ... الآية » فهذا عموم تدخل فيه الكافرة والمؤمنة (٦) ، أما حجة جمهور الفقهاء في أن الاسلام شرط في الاحصان فهي قوله تعالى « ان الذين يرمون المحصنات الغافلات المؤمنات لعنوا في الدنيا والآخرة ولهم عذاب عظيم » والمحصنات هنا الحرائر ، والغافلات : العفائف عن الزنا ، والمؤمنات : المسلمات . فدللت الآية الكريمة على أن الإيمان شرط في الاحصان . وكذلك قوله عليه الصلاة والسلام « من أشرك بالله فليس بمحصن » دل على أن الاسلام شرط في الاحصان (٧) .

- (١) شرح الكنز للزيلعي ج ٣ ص ٢٠٠ ، تفسير القرطبي ج ١٢ ص ١٧٢ . وانما خصت « المحصنات بالذكر مع دخول الرجال في الحكم ، لان القذف فيهن اشنع وانكر بالنفوس ، ومن حيث هن هوى الرجال . وحكى الزهراوي أن المعنى : والأنفس المحصنات ، فهي بلفظها تعم الرجال والنساء » : تفسير القرطبي ج ١٢ ص ١٧٢ .
- (٢) بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٧٠ ، الكاساني ج ٧ ص ٦٣ ، الماوردي ص ٢٢١ ، أبو يعلى ص ٢٥٤ .
- (٣) بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٦٨ ، الكاساني ج ٧ ص ٤٠ .
- (٤) الهداية ج ٤ ص ١٩٠ ، تفسير ابن كثير ج ٣ ص ٢٦٤ .
- (٥) المغني ج ٨ ص ٢١٦ ، بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٦٨ ، شرح الكنز للعيني ج ١ ص ٢٩٠ ، الماوردي ص ٢٢١ ، شرح الازهار ج ٤ ص ٣٥٢ .
- (٦) المحلى ج ١١ ص ٢٦٨ .
- (٧) شرح الكنز للزيلعي ج ٣ ص ٢٠٠ ، الكاساني ج ٧ ص ٤٠ - ٤١ ، شرح الازهار ج ٤ ص ٣٥٢ ، وآية « ان الذين يرمون المحصنات الغافلات ... الخ » وردت في سورة النور ج ١٨ : الآية ٢٣ .

— ٣١٦ —

وإذا لم تتوافر شروط القذف فلا يجب الحد ولكن يجب التعزير كما لو قال لذمية يا زانية أو قذف كافراً بالزنى (١) .

٢٦٧ - قذف الزوج زوجته :

إذا قذف الزوج زوجته بالزنى وطلبت الزوجة إقامة الحد عليه ، فعلى الزوج أن يلاعن (٢) إلا إذا أقام البينة على زنى زوجته ففي هذه الحالة يجب عليها الحد أي حد الزنى ولا يثبت اللعان بينهما ، قال تعالى « والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهود إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين . والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين . ويدراً عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين . والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين » (٣) . وإذا نكل الزوج القاذف ولم يلتعن ، حد في قول الجمهور حد القذف . وقال أبو حنيفة لا يحد ويحبسه الحاكم حتى يلاعن أو يكذب نفسه فيحد حد القذف . وإن نكلت الزوجة وجب الحد عليها في قول مالك والشافعي ، وقال أبو حنيفة عليها الحبس حتى تلاعن ، وعند الحنابلة إذا نكلت الزوجة لم تحد وفي حبسها حتى تلاعن أو تقر روايتان (٤) .

ويشترط الحنفية لأجراء اللعان بين الزوجين ، أن يكونا مسلمين (٥) ولا يشترط غير الحنفية كالحنابلة والشافعية والظاهرية وغيرهم ، اسلام الزوجين لأجراء اللعان بينهما بل يجري سواء كانا

(١) الهداية ج ٤ ص ٢١٣ ، المبسوط ج ٩ ص ١١٩ - ١٢٠ ، المهذب ج ٢ ص ٢٩٢ .

(٢) الهداية ج ٣ ص ٢٤٧ . واللعان اسم لما يجري بين الزوجين من الشهادات بالألفاظ المعروفة ، والتي وردت في الآية الكريمة (والذين يرمون أزواجهم . . .) ، أمام القاضي إذا قذف الزوج زوجته بالزنى ولا بينة له عليه .

(٣) الكاساني ج ٣ ص ٤٤٠ ، والآيات وردت في سورة النور ج ١٨ : الآيات ٩ - ١٠ .

(٤) بداية المجتهد ج ٢ ص ٩٩ ، الهداية وشرح القدير ج ٣ ص ٢٥٠ - ٢٥١ ، أبو يعلى ص ٢٥٦ .

(٥) فتح القدير ج ٣ ص ٢٤٧ .

مسلمين أو غير مسلمين^(١) .

٢٦٨ - القذف بغير الزنى :

القذف بغير الزنى أو ما يمكن تسميته بالسب والشتن ، مثل
يا خبيث أو يا ظالم أو يا خائن أو يا ديوث ونحو ذلك ، لا يجب فيه
حد القذف وإنما يجب فيه التعزير . لأن حد القذف إنما يجب في القذف
بالزنى صريحاً ، فإذا لم يجب الحد وجب التعزير ، لأن السب إيذاء
للمسبوب^(٢) . وقال بعض العلماء إنما يجب التعزير إذا لم يكن
المسبوب على الصفة التي شتم بها^(٣) ، وقيد بعضهم هذا القول بما إذا
كان المسبوب مجاهراً مشتهراً بما شتم به^(٤) .

وتكلم فيما يلي في مطالب متتالية عن جريمة القذف إذا ارتكبتها
ذمي أو مستأمن ، أو مسلم ضد ذمي أو مستأمن ، ثم نبين ما عليه العمل
الآن في مطلب على حدة .

المطلب الأول

جريمة القذف من الذمي وعقوبتها

٢٦٩ - إذا قذف الذمي مسلماً أو مسلمة وتوافرت شروط الجريمة
وجب على الذمي حد القذف ، لأن اسلام القاذف ليس بشرط في وجوب
الحد على القاذف ، وهذا قول الحنفية والشافعية والحنابلة والمالكية

(١) المغني ج ٧ ص ٣٩٢ ، كشف القناع ج ٣ ص ٢٤٣ - ٢٤٤ ، مغني
المحتاج ج ٣ ص ٣٧٨ ، الام ج ٥ ص ٢٧٣ ، المحلى ج ١٠ ص
١٤٣ - ١٤٤ .

(٢) المبسوط ج ٩ ص ١١٩ ، الهداية وفتح القدير ج ٤ ص ٢١٣ ،
تبصرة الحكام لابن فرحون المالكي ج ٢ ص ٢٦٧ ، المغني ج ٨ ص
٢٢٣ ، أبو يعلى ص ٢٦٤ ، الماوردي ص ٢٢١ .

(٣) فتح القدير ج ٤ ص ٢١٣ .

(٤) رد المحتار ج ٣ ص ٢٥٤ .

— ٣١٨ —

والشيعة الامامية والزيدية ^(١) . وعند الظاهرية يجب قتل الدمي القاذف لانتقاض ذمته إلا اذا أسلم فيمتنع القتل ويجب عليه الحد ^(٢) .

٢٧٠ - رد شهادة انذمي المحدود بالقذف :

من تمتع حد القذف رد شهادة المحدود * ولما كان للذمي شهادة على أهل الذمة وعلى المستأمنين عند الحنفية ^(٣) ، فإن الذمي المحدود بالقذف ترد شهادته عند الإحناف ^(٤) . ولكن اذا أسلم قبلت شهادته على المسلمين وعلى غيرهم لأن شهادته هذه استفادها بعد الاسلام ، والنص القرآني الكريم أوجب رد شهادته القائمة وقت القذف ، وليست هذه الشهادة تلك الشهادة التي استفادها بعد الاسلام فلا تدخل تحت الرد ^(٥) .

٢٧١ - اذا تان المقذوف ذمياً او مستأمناً :

اذا قذف الذمي ذمياً أو مستأمناً ، فلا حد عليه على رأي الجمهور لأن من شرط وجوب الحد على القاذف أن يكون المقذوف محصناً ، والاسلام شرط في الاحصان على رأي الجمهور كما ذكرنا ^(٦) . وعند

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٦٨ ، انكاساني ج ٧ ص ٤٠ ، الماوردي ص ٤٢١ ، المبسوط ج ٩ ص ١١٨ ، الدر المختار ج ٣ ص ٢٤٢ ، المذهب ج ٢ ص ٢٧٣ - ٢٨٩ ، شرح منتهى الارادات ج ١ ص ٧٤١ ، كشف المخدرات ص ٢٠٧ ، شرح الخرشي ج ٨ ص ٨٦ ، الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي ج ٤ ص ٣٢٤ - ٣٢٥ ، بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٦٨ ، سفينة النجاة ج ٢ ص ٧٠ ، جواهر الكلام المجلد المطبوع سنة ١٢٨٧ هـ : وعلى القاذف الحد سواء كان القاذف مسلماً أو كافراً متى كان بالغا عاقلاً ، شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٥٢ ، البحر الزخار ج ٥ ص ٤٦٢ .

(٢) المحلى ج ١١ ص ٢٧٤ . ودليل الظاهرية ان الذمي اذا قذف مسلماً فقد خرج عن الصفار فتزول عنه الذمة فيكون كالحربي الذي لا امان له وهذا يجوز قتله : المرجع السابق .

(٣) الجصاص ج ٢ ص ٤٩٣ ، الكاساني ج ٦ ص ٢٨٠ - ٢٨٢ ، شرح السير الكبير ج ١ ص ٣٣٨ .

(٤) الهداية وفتح القدير ج ٤ ص ٢٠٧ .

(٥) المرجع السابق .

(٦) فقرة ٢٦٢ ص ٢٣١ من هذه الرسالة .

— ٣١٩ —

الظاهرة يقام الحد على الذمي لأن الاسلام ليس بشرط في المقذوف كما هو ليس بشرط في القاذف (١) .

وعند سعيد بن المسيب وابن أبي ليلى يحد قاذف الذمية اذا كان لها ولد مسلم (٢) .

واذا لم يجب الحد لعدم اسلام المقذوف ، على رأي الجمهور ، فعلى القاذف التعزير (٣) .

٢٧٢ — قذف الذمي زوجته :

اذا قذف الذمي زوجته فإن اللعان يجري بينهما على رأي الفقهاء الذين لا يشترطون اسلام الزوجين ، وفي هذه الحالة تجري أحكام اللعان التي ذكرناها (٤) . ولا يجري اللعان على رأي الحنفية لأنهم يشترطون اسلام الزوجين كما ذكرنا من قبل (٥) .

٢٧٤ — القذف بغير الزنى « السب والشتيم » :

اذا سب الذمي ، بلفظ من ألفاظ السباب ، مسلماً أو ذمياً أو مستأثماً ، وجب التعزير ولم يجب حد الزنى (٦) ، لأن التعزير ليس من شرطه اسلام من يعزر بل يجب على المسلم وغير المسلم (٧) .

(١) المحلى ج ١١ ص ٢٧٥ : وأما اذا قذف الكافر كافراً فليس الا الحد فقط .

(٢) المغني ج ٨ ص ٢١٦ .

(٣) فتح القدير ج ٤ ص ٢١٣ ، الدر المختار ج ٢ ص ٢٥١ ، شرح الكنز للعيني ج ١ ص ٢٩١ - ٢٩٢ ، مجمع الأنهر ج ١ ص ٦٠٩ ، شرح الكنز للزيلعي ج ٣ ص ٢٠٨ ، أبو يعلى الحنبلي ص ٢٥٤ ، المهذب ج ٢ ص ٢٩٢ ، سفينة النجاة ج ٢ ص ٧٠ : فمن قذف كافراً لم يحد بل عزر .

(٤) ص ٣١٦ من هذه الرسالة .

(٥) ص ٣١٦ من هذه الرسالة .

(٦) ص ٣١٧ من هذه الرسالة .

(٧) الكاساني ج ٧ ص ٦٣ .

المطلب الثاني

جريمة القذف من المستأمن وعقوبتها

٢٧٤ - إذا قذف المستأمن مسلماً أو مسلمة وتوافرت شرائط حد القذف فإن الحد يقام على المستأمن • ويعمل الحنفية ذلك بأن في القذف حق العبد ، وقد التزم المستأمن إيفاء حقوق العباد فيقام عليه الحد • وهذا مذهب الشافعية والمالكية والشيعة الامامية والحنابلة والامام الأوزاعي (١) •

أما إذا قذف المستأمن ذمياً أو مستأمناً فعند الجمهور لا حد عليه ، لأن الاسلام شرط في احصان المقدوف • أما عند الظاهرية فالحد يجب على غير المسلم إذا قذف غير مسلم • وعلى رأي سعيد بن المسيب وابن أبي ليلى يقام الحد على من يقذف ذمياً لها ولد مسلم (٢) •

٢٧٥ - رد شهادة المستأمن المحدود بالقذف :

للمستأمن شهادة على المستأمن عند الحنفية (٣) فمقتضى مذهبهم رد شهادته قياساً على ما قالوه في الذمي • ولو أسلم هذا المستأمن المحدود بالقذف فإن شهادته تقبل على المسلمين وعلى غيرهم كما هو الحال بالنسبة للذمي المحدود بالقذف إذا أسلم •

٢٧٦ - قذف المستأمن زوجته :

على رأي المجوزين إجراء اللعان بين الزوجين غير المسلمين ، يجري اللعان بين المستأمن وزوجته وتترتب أحكامه عليه • وأما على رأي

(١) اختلاف الفقهاء للطبري ص ٥٥ ، جواهر الكلام ، المجلد المطبوع سنة ١٢٨٧ هـ أبو يعلى الحنبلي ص ٢٥٤ ، المدونة الكبرى طبعة المطبعة الخيرية سنة ١٣٢٤ هـ ج ٤ ص ٣٩٠ الأم ج ٧ ص ٣٢٦ ، المهذب ج ٢ ص ٢٧٩ - ٢٨١ ، شرح السير الكبير ج ٤ ص ١٠٨ ، المبسوط ج ٩ ص ٥٦ ، شرح الكنز للزيلعي ج ٣ ص ٢٠٧ •

(٢) المغني ج ٨ ص ٢١٦ •

(٣) شرح السير الكبير ج ٤ ص ٢٨٨ •

— ٣٢١ —

المشترطين اسلام الزوجين فلا يمكن اجراء اللعان بينهما ومن ثم لا تترتب
أحكامه .

والراجع اجراء اللعان بين غير المسلمين لحاجتهم اليه اذ به يستطيع
أحدهم تقي نسب من ليس ولده عنه .

٢٧٧ - السب والشتم من المستامن :

ويجب على المستامن التعزير اذا قذف غيره بغير الزنى « السب
والشتم » . فقد جاء في كتاب الخراج لأبي يوسف : « وكذلك لو شتم
« أي المستامن » رجلاً عززته » (١) . ويبدو أن لا خلاف بين الفقهاء في
تعزير المستامن ، لأن السب جريمة ليس لها عقوبة مقدرة ، وليس من
شرط التعزير اسلام من يعزر كما قلنا .

المطلب الثالث

عقوبة المسلم اذا قذف ذمياً او مستامناً

٢٧٨ - قلنا ان من شروط حد القذف على القاذف أن يكون
المقذوف محصناً ، وأن من شروط الاحصان عند الجمهور الاسلام ،
وليس هذا بشرط عند الظاهرية ، ولهذا قالوا يحد المسلم حد القذف
اذا قذف ذمياً او مستامناً (٢) ، ولا يحد على رأي الجمهور وانما عليه
التعزير (٣) ، ولكن على رأي سعيد بن المسيب وابن أبي ليلى اذا قذف

(١) الخراج لأبي يوسف ص ١٨٩ .

(٢) المحلى ج ١١ ص ٢٧٤ .

(٣) الهداية وفتح القدير ج ٤ ص ٢١٣ ، الدر المختار ورد المحتار ج ٣
ص ٢٥١ ، الباب للميداني ج ٣ ص ٩٠ ، الكاساني ج ٧ ص ٦٤ ،
المهذب ج ٢ ص ٢٩٢ ، الماوردي ص ٢٢١ ، المغني ج ٨ ص ٢٢٨
ابو يعلى الحنبلي ص ٢٥٤ ، سفينة النجاة ج ٢ ص ٧٠ ، المختصر
النافع ص ٢٩٩ ، المدونة الكبرى طبعة المطبعة الخيرية سنة ١٣٢٤ هـ
ج ٤ ص ٣٩٠ ، المبسوط ج ٩ ص ١١٨ ، شرح الأزهار ج ٤
ص ٣٥٣ .

— ٣٢٢ —

المسلم ذمية ولها ولد مسلم ، فعليه في هذه الحالة حد القذف (١) .
 وإذا قذف المسلم ذمياً أو مستأئماً بغير الزنى ، مما يدخل في دائرة
 السب والشتيم ، فإن المسلم يعزر لأن الشتم إيذاء ليس له عقوبة مقدرة
 فيجب فيه التعزير . وقد صرح الحنفية بتعزير المسلم إذا شتم ذمياً (٢) ،
 ويقاس المستأمن على الذمي في تعزير شتمه ، لأن المستأمن لا يباح
 إيذاؤه .

المطلب الرابع

ما عليه العمل الآن في عقوبة القذف

٢٧٩ — أحكام الفقه الاسلامي في القذف ، وفقاً للمذهب الحنبلي ،
 هي المطبقة الآن في العربية السعودية ، فيحد القاذف ذمياً كان أو
 مستأئماً إذا ما توافرت شروط القذف ، ويجري اللعان بين الزوجين غير
 المسلمين لأن الاسلام ليس بشرط في الزوجين عند الحنابلة . ويترتب
 على الشتم والسباب التعزير اذ لا حد في هذه الجريمة .
 وفي الجمهورية العربية المتحدة نص قانون العقوبات على جريمة
 القذف وجريمة السب في الباب السابع منه فقال في المادة ٣٠٢ : « يعد
 قاذفاً كل من أسند لغيره بواسطة احدى الطرق الميينة بالمادة ١٧١ في
 هذا القانون أموراً لو كانت صادقة لأوجبت عقاب من أسندت اليه
 بالعقوبات المقررة لذلك قانوناً أو أوجبت احتقاره عند أهل وطنه ٠٠ » .
 كما نص على عقوبة هذه الجريمة بالعجز لمدة لا تزيد عن سنتين أو
 بالفرامة أو بهما (٣) .

(١) المغني ج ٨ ص ٢١٦ .

(٢) الدر المختار ج ٣ ص ٢٦٠ : شتم مسلم ذمياً عزر . . . والمبسوط

ج ٢٤ ص ٣٦ : إذا شتم المسلم امرأة ذمية أو قذفها بالزنى عزر ،

شرح الأزهاري ج ٤ ص ٣٨١ .

(٣) المادة ٣٠٦ من قانون العقوبات المصري « العربي » .

— ٣٢٣ —

وفي السب جاء في المادة ٣٠٦ : « كل سب لا يشتمل على اسناد واقعة معينة بل يتضمن بأي وجه من الوجوه خدشاً للشرف أو الاعتبار يعاقب عليه في الأحوال المبينة في المادة ١٧١ بالحبس مدة لا تتجاوز سنة وبغرامة لا تزيد على مائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين . وإذا تضمن القذف أو السب طعنًا في عرض الأفراد يعاقب بالحبس والغرامة معاً في الحدود المقررة في القانون » (١) .

ومن هذه المواد يتبين أن القذف في القانون الجنائي في الجمهورية العربية المتحدة أوسع معنى مما هو في الشريعة ، إذ يشمل الرمي بالزنى وبغير الزنى . والذي يميز القذف عن السب في القانون هو أن الأول يتضمن إسناد واقعة معينة مشينة من شأنها لو صحت لأوجبت عقاب من أسندت إليه أو احتقاره عند الناس . كما لو قال عن فلان أنه عاشر خادمتها البالغة أو غش في الامتحان . أما السب فلا يشتمل على اسناد واقعة معينة كما لو قال لغيره يا لص أو يا نصاب (٢) .

ويشترط في جريمة القذف أن تتم علانية بالطرق التي بينها القانون ، وهذا شرط لم تشترطه الشريعة لا في جريمة القذف ولا في جريمة السب . إلا أن القانون نص في المادة ٣٠٨ مكرر على أن « كل من قذف غيره بطريق التليفون يعاقب بالعقوبات المنصوص عليها في المادة ٣٠٣ » ومعنى هذا أن القانون لم يشترط العلانية في هذه الحالة . كما أننا نجد أنه لا يشترط العلانية في بعض أنواع السباب ، فقد جاء في المادة ٣٩٤ : « يجازى بغرامة لا تزيد على جنيه واحد مصري أو بالحبس مدة لا تتجاوز اسبوعاً من ابتدر إنساناً بسب غير علني » .

ويخلص لنا من جميع ما تقدم أن العقوبة التي قررها الفقه الإسلامي لمن يرمي غيره بالزنى ، لا وجود لها في قانون العقوبات في الجمهورية العربية المتحدة ، كما لا وجود لوجوب اللعان بين الزوجين إذا قذف

(١) المادة ٣٠٦ من القانون السابق .

(٢) شرح قانون العقوبات المصري - القانون الخاص - للدكتور محمود محمود مصطفى ص ٣٧٣ وما بعدها .

— ٣٣٤ —

الزوج زوجته بالزنى • والعقوبات التي نص عليها لجريمة السب وبعض أنواع القذف تعتبر من العقوبات التعزيرية ومن ثم فهي سائغة في الفقه الاسلامي •

وفي العراق نص قانون العقوبات البغدادي على جرائم القذف والسب على نحو مما نص عليه القانون المصري « العربي » (١) • وهذه العقوبات التي قررها القانون الجنائي في العربية المتحدة وفي العراق تسري على كل من يرتكب هذه الجرائم مسلماً كان أو ذمياً ، مواطناً أو أجنبياً ، لأن النصوص العقابية اقليمية التطبيق تسري على الجميع •

(١) نصت المادة ٢٥٢ من قانون العقوبات البغدادي : « يعتبر قاذفاً كل من أسند لغيره بواسطة إحدى الطرق المبينة في المادة ٧٨ من هذا القانون اموراً لو صحت لأوجبت عقاب من أسندت اليه بالعقوبات المقررة لذلك قانوناً أو أوجبت احتقاره عند أهل وطنه » . وانظر المواد ٢٥٢ ، ٢٥٥ وما بعدها من هذا القانون .

الفصل الخامس

جرائم الاعتداء على الأموال

« السرقة وغيرها »

تمهيد :

٢٨٠ - السرقة اعتداء على مال الغير وهي من جرائم الحدود ، وعقوبتها قطع اليد ، قال تعالى . « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله والله عزيز حكيم » (١) . وقد أجمع المسلمون على وجوب قطع اليد في السرقة في الجملة (٢) . وقد عرفها الفقهاء بتعاريف مختلفة منها تعريف الحنفية اذ قالوا : « السرقة أخذ مال الغير على سبيل الخفية نصاباً محرراً للتمول غير متسارع اليه الفساد من غير تأويل ولا شبهة » (٣) . وعرفها المالكية بأنها أخذ مال الغير مستتراً من غير أن يؤتمن عليه (٤) . وقال الزيدية في تعريفها : « السرقة أخذ مال الغير خفية ظلماً مع شرائط » (٥) .

٢٨١ - فالخفية أمر ضروري لتحقيق جريمة السرقة حتى أن بعضهم لم يذكر في تعريفها غير الخفية ففي المغني : « السرقة أخذ المال على وجه الخفية والإستتار » (٦) . فهي ركن السرقة ولهذا صرح الكاساني بقوله : « أما ركن السرقة فهو الأخذ على سبيل الاستخفاء » (٧) . فإذا فات هذا الركن وكان الاعتداء على المال مجاهرة فالجرم يسمى « مغالبة أو خلسة أو غصباً أو انتهاباً أو اختلاساً لا سرقة » (٨) . ومن هذه الصور أيضاً ، مما لا يسمى سرقة ، خيانة المال كجحد الوديمة والعارية وغيرها من الأمانات . وقد قالوا في تعريف هذه الأفعال والتفريق فيما

- | | |
|-------------------------------------|-------------------------------|
| (١) سورة المائدة ج ٦ الآية ٣٨ . | (٢) المغني ج ٨ ص ٢٤٠ . |
| (٣) العناية على الهداية ج ٤ ص ٢١٩ . | (٤) بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٧٢ . |
| (٥) الروض النضر ج ٤ ص ٢٢٨ . | |
| (٦) الكاساني ج ٧ ص ٦٥ . | |
| (٧) الكاساني ج ٧ ص ٦٥ . | |
| (٨) الكاساني ج ٧ ص ٦٥ . | |

بينها ، أن الخائن من خان ما جعل عليه أمينا • والغاصب من أخذ المال
جهاراً معتمداً على قوته • والمختلس من يخطف الشيء بسرعة على
غفلة (١) •

وقد أجمعوا على أن لا حد على الخائن ولا على الغاصب ولا على
المختلس إلا ما روي عن إياس بن معاوية أنه قال يجب عليه الحد لأن
المختلس يستخفي بأخذ المال فيكون سارقاً • وقد رد صاحب المغني
على إياس بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال ليس على
المتهم قطع ، وبأن حد السرقة يقام على السارق ، والمختلس غير سارق ،
وبأن الاختلاس نوع من الخطف والنهب ، وإنما يستخفي في ابتداء
اختلاسه بخلاف السارق (٢) •

ولا خلاف في عدم إقامة حد السرقة على جاحد الوديعة وغيرها من
الأمانات ، ولا حد أيضاً على جاحد العارية عند جمهور الفقهاء عدا
ما روي عن أحمد بن حنبل أنه قال يقام عليه الحد ، وقد ضعف هذا
القول صاحب المغني وقال الصحيح خلافه وهو ما عليه سائر الفقهاء (٣) •
فحد السرقة لا يقام إلا على نوع من الاعتداء على المال هو المسمى
بالسرقة •

أما في صور الاعتداء الأخرى على المال فإن الجاني لا يغفلت من
العقاب وإنما يقام عليه التعزير (٤) •

وستتكم فيما يلي في أبحاث متتالية : عن عقوبة الاعتداء على المال
بالسرقة ونحوها بالنسبة للذمي ، ثم بالنسبة للمستأمن ، ثم بالنسبة
للمسلم إذا اعتدى على مال الذمي والمستأمن بالسرقة وغيرها • ثم نبين
ما عليه العمل الآن في مبحث على حدة •

(١) الروض النضر ج ٤ ص ٢٣٢ •

(٢) بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٧٢ ، ٣٧٣ ، المغني ج ٨ ص ٢٤٠ •

(٣) المغني ج ٨ ص ٢٤٠ - ٢٤١ •

(٤) الكاساني ج ٧ ص ٦٣ ، التعزير للدكتور عبدالعزيز عامر ص ١٧٣ ،

القوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٤٢ •

لِمَبْجَشِ الْأَوَّلِ

عقوبة الذمي

على جرائم الاعتداء على المال

٢٨٢ - قال الفقهاء من مختلف المذاهب الاسلامية الاسلام ليس بشرط في السارق لوجوب حد السرقة عليه فيقطع المسلم وغير المسلم لمعوم آية السرقة (١) .

فإذا ارتكب الذمي جريمة السرقة وكان المسروق منه مسلماً أو ذمياً ، وتوافرت شرائط الجريمة ، وجب الحد على الذمي ، لأن الذمي بعقد الذمة التزم أحكام الاسلام فيقام عليه حد السرقة كما يقام على المسلم . ولا خلاف في هذا بين أهل العلم (٢) .

ولكن اذا سرق الذمي من مستأمن فقد اختلف الفقهاء في وجوب إقامة الحد عليه ، فعند المالكية يقام الحد على الذمي السارق . والحنابلة قالوا : يقام الحد على المسلم اذا سرق مال المستأمن لأنه سرق مالا معصوماً (٣) . ومقتضى هذا القول ان يكون مذهبهم إقامة الحد على الذمي اذا سرق مالا من مستأمن لأن الذمي لا يكون أحسن حالاً من المسلم .

أما الشافعية فعندهم لا يقام الحد على الذمي محتجين بأن المستأمن

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٧٣ ، شرح الخرخشي ج ٧ ص ٦٧ ، شرح الأزهاري ج ٤ ص ٣٦٦ ، الكاساني ج ٧ ص ٦٧ ، الدر المختار ورد المختار ج ٣ ص ٢٦٥ - ٢٦٦ ، الماوردي ص ٣١٩ .

(٢) المغني ج ٨ ص ٢٦٨ : ويقطع المسلم بسرقة مال المسلم والذمي ، ويقطع الذمي بسرقة مالهما وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي ولا تعلم فيه مخالفاً ، فتح العزيز ج ١٤ ص ٢١٦ ، مغني المحتاج ج ٤ ص ١٧٥ ، تبصرة الحكام لابن فرحون المالكي ج ٢ ص ٢٢٨ ، شرح الخرخشي ج ٨ ص ١٠٢ ، شرح الأزهاري ج ٤ ص ٣٦٦ الموافق ج ٦ ص ٣١٢ .

(٣) المغني ج ٨ ص ٢٦٩ ، المحرر ج ٢ ص ١٥٨ ، الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي ج ٤ ص ٣٣٦ .

لا يقام عليه الحد أيضاً اذا سرق مال المسلم أو الذمي ^(١) .
 أما الحنفية ، فقد قالوا لا يقطع السارق من مال الحربي المستأمن
 استحساناً ، وألّقياس يقطع وهو قول الإمام زفر ، وحجته أن الحربي
 المستأمن استفاد العصمة لماله بالأمان ، فصار ماله بمنزلة مال الذمي ،
 ولهذا كان مضموناً بالاتلاف كمال الذمي . أما حجة باقي الحنفية ، وهم
 القائلون بالاستحسان ، فهي : ان مال الحربي المستأمن فيه شبهة
 الإباحة ، لأن المستأمن من أهل دار الحرب حقيقة وإنما دخل دار الاسلام
 بصورة مؤقتة ، فكونه من أهل دار الحرب أورث شبهة الإباحة في ماله
 كما أورثها في دمه ولهذا لا يقتل به المسلم أو الذمي قصاصاً ، وهذا
 بخلاف الذمي لأنه من أهل دار الاسلام وقد استفاد العصمة بأمان مؤبد
 فكان معصوم الدم والمال عصمة مطلقة ليس فيها شبهة الإباحة ، وبخلاف
 ضمان المال لأنه حق العبد وحقوق العباد لا تسقط بالشبهات ^(٢) .

والراجع هو إقامة حد السرقة على الذمي اذا سرق مال المستأمن ،
 لأن ماله معصوم بالأمان كما يقول الإمام زفر . ومن تمام العصمة
 والحماية له إقامة الحد على سارق ماله . والقول بأن في ماله شبهة
 الإباحة قول ضعيف لأنه لم يدخل دار الاسلام إلا بإذن وأمان ، ومن
 مقتضى الأمان ان يكون صاحبه معصوم الدم والمال ، فكيف يكون في
 ماله بعد هذا شبهة الإباحة ؟

٢٨٢ - هل يحد الذمي بسرقة الخمر والخنزير ؟

قال فقهاء الحنفية والشافعية والظاهرية والحنابلة والمالكية لا حد
 على سارق الخمر والخنزير ، سواء أكان السارق مسلماً أم ذمياً ، وسواء
 أكان المسروق منه مسلماً أم ذمياً . ويعمل الحنفية هذا القول بأن الشرط

(١) مغني المحتاج ج ٤ ص ١٧٥ : ولا يقطع المسلم أو الذمي بمال المعاهد
 أو المؤمن كما قاله القاضي حسين والإمام الغزالي ومن تبعهم بناء على
 ان المعاهد لا يقطع بمال المسلم أو الذمي . الاقناع في حل ألفاظ أبي
 شجاع ج ٢ ص ١٩٣ .

(٢) الكاساني ج ٧ ص ٧١ ، المبسوط ج ٩ ص ١٨١ .

في إقامة حد السرقة هو ان يكون المال المسروق متقوماً على الإطلاق ،
وليس الخمر والخنزير هكذا ، اذ ليس واحد منهما متقوماً في حق
المسلم ، وان كانا متقومين في حق الذمي ^(١) .

والظاهر من مذهب الزيدية إقامة حد السرقة على الذمي اذا سرق
خمرًا أو خنزيرًا من ذمي أو مستأمن ، لأنهم قالوا ان من شرط المال
المسروق الذي يحد سارقه أن يكون مما يجوز للمسروق منه تملكه ، فقد
جاء في شرح الأزهار في فقه الزيدية ، عند تعداد شروط إقامة حد
السرقة على السارق ، أن يكون المال المسروق « مما يجوز له تملكه في
الحال أي للمسروق عليه » ^(٢) . والخمر والخنزير مما يجوز لغير المسلم
تملكه . وقول الزيدية هذا قوي أميل إلى ترجيحه لأن الخمر والخنزير
من الأموال المتقومة في حق غير المسلم ومن لوازم تقوم المال إقامة الحد
على سارقه .

ويلاحظ هنا أن تخصيص فقهاء الجمهور للذمي بالذكر وانه لا يحد
سارق خمره أو خنزيره لا يعني أن سارق خمر أو خنزير المستأمن يقام
عليه الحد ، لأن علة عدم معاقبة سارق خمر الذمي أو خنزيره ، في
نظرهم ، متحققة بالنسبة للمستأمن أيضاً .

٢٨٤ — وفي صور الاعتداء الأخرى على المال (غير السرقة)
كالغصب ونحوه يعزر الجاني ولا يقام عليه حد السرقة ، والتعزير ليس
من شرطه اسلام الجاني ^(٣) .

(١) الكاساني ج ٧ ص ٦٩ ، الجصاص ج ٢ ص ٢٩٨ ، المهذب ج ٢
ص ٢٩٨ ، فتح العزيز ج ١٤ ص ٢٢٢ ، المدونة الكبرى طبعة المطبعة
الخيرية ج ٤ ص ٤١٨-٤١٩ ، شرح الخرشي ج ٨ ص ٩٢ ، الشرح الكبير
للرددير وحاشية الدسوقي ج ٤ ص ٣٣٦ ، المحلى ج ١١ ص ٣٣٤ .

(٢) شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٦٤ .

(٣) الكاساني ج ٧ ص ٦٣ .

المبحث الثاني

عقوبة المستامن

على جرائم الاعتداء على المال

٢٨٥ - اذا ارتكب المستامن جريمة السرقة وتوافرت أركانها وشرائطها فقد اختلف الفقهاء في وجوب إقامة الحد على المستامن . ويمكن رد اختلافهم الى قولين :

القول الاول - لا يقام عليه حد السرقة . وهذا قول أبي حنيفة ، وهو القول الأظهر في المذهب الشافعي . والحجة لهذا القول أن المستامن لم يلتزم بالأمان ما يرجع الى حقوق الله تعالى من الأحكام ، وحد السرقة ، حق الله تعالى غالب فيه ، فلم يلتزمه المستامن فلا يقام عليه (١) .

القول الثاني - يقام عليه حد السرقة . والحجة لهذا القول أن المستامن التزم أحكام الاسلام مدة إقامته في دار الاسلام فصار كالذمي فيقام عليه الحد ، ولأن السرقة من الفساد في الأرض فلا بد من عقاب زاجر يمنع كل أحد في دار الاسلام من هذا الفساد . ولأن هذا الحد وجب صيانة للأموال ، كما وجب حد القذف صيانة للأعراض ، فكما يجب هذا على المستامن يجب ذلك عليه أيضاً . وهذا قول الحنابلة والشيعة الامامية والزيدية والمالكية والأوزاعي (٢) .

(١) المبسوط ج ٩ ص ١٧٨ ، الكاساني ج ٧ ص ٧١ ، شرح السير الكبير ج ١ ص ٢٠٦ ، الخراج لأبي يوسف ص ٧١ ، فتح القدير ج ٤ ص ١٥٥ - ١٥٦ ، فتح العزيز ج ١٤ ص ٢٤٦ ، مغني المحتاج ج ٤ ص ١٧٥ : واذا سرق المعاهد ولو من معاهد أقوال أحسنها أن شرط عليه في عهده قطعه بسرقة قطع لالتزامه وإلا فلا يقطع لعدم التزامه . والأظهر عند الجمهور لا قطع مطلقاً ، وأنه الأظهر عند الأصحاب لأنه لم يلتزم الأحكام فأنشبه الحربي .

(٢) المغني ج ٨ ص ٢٦٨ - ٢٦٩ ، كشف القناع ج ٤ ص ٨٥ ، البحر الرخا ج ٥ ص ١٧٥ ، شرح الخرشني ج ٨ ص ١٠٢ ، المواقي ج ٦ ص ٣١٢ ، اختلاف الفقهاء للطبري ص ٥٤ - ٥٥ ، الخلاف للطوسي ج ٣ ص ٢٠٢ .

— ٣٣١ —

والقول الثاني هو الراجح الذي ينبغي المصير اليه ، فهو المتفق مع عموم الشريعة وعموم ولاية دار الاسلام على جميع المقيمين على أرضها ، ولأن السرقة ، كما هو الحال في سائر الجرائم ، من الفساد في الأرض فلا يمكن المستأمن من هذا الفساد . والاحتجاج بأن حد السرقة حق الله فلا يقام على المستأمن ، حجة ضعيفة لا تمنع من إقامة العقوبات الشرعية على المقيمين في دار الاسلام ، لأن حق الله هو حق المجتمع كما يقول الأحناف أنفسهم ، وإنما نسب الى الله تعالى لمظيم خطره وشأنه ، فلا يكون هذا الحق أقل رعاية من حق الفرد .

٢٨٦ — ولا يقام حد السرقة على المستأمن اذا سرق خمراً أو خنزيراً على رأي الجمهور قياساً على ما قالوه في الذمي اذا سرق خمراً أو خنزيراً^(١) .

هذا ، وإن صور الاعتداء الأخرى على المال ، التي لا تعتبر سرقة ، اذا قام بها المستأمن ، فإن حد السرقة لا يجب عليه ، وإنما يجب عليه التعزير ، والتعزير لا يشترط في وجوبه على الجاني أن يكون مسلماً ، كما قلنا في الذمي .

مبحث ثالث

عقوبة المسلم

إذا اعتدى على مال الذمي أو المستأمن

٢٨٧ — اذا سرق المسلم من ذمي وتحققت شرائط وأركان جريمة كمال المسلم . ولا خلاف في هذا بين أهل العلم^(٢) .

السرقة ، فإن الحد يجب على السارق المسلم ، لأن مال الذمي معصوم إلا انه اذا سرق المسلم من ذمي خمراً أو خنزيراً فلا حد عليه ،

(١) فقرة ٢٨٣ ص ٣٢٨ من هذه الرسالة .

(٢) المغني ج ٨ ص ٢٦٨ : « ويقطع المسلم بسرقة مال المسلم والذمي ، ويقطع الذمي بسرقة مالهما ، وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي ، ولا نعلم فيه مخالفاً » ، المحرر ج ٢ ص ١٥٨ ، الكاساني ج ٧ ص ٧١ ، مضي المحتاج ج ٤ ص ١٧٥ ، شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٦٦ .

— ٣٣٢ —

وبهذا صرح الفقهاء . لأن الخمر أو الخنزير ليس بمال كما يقول الشافعية ، ولا عقوبة إلا بسرقة مال . أو أن الخمر والخنزير وإن كانا مالاً إلا أنه ليس بمال متقوم مطلقاً كما يقول الحنفية ، ولا عقوبة عندهم إلا في سرقة ما هو مال متقوم على الإطلاق ^(١) . وعلى السارق الضمان على رأي بعض الفقهاء كالإمام مالك ، ولا ضمان عليه على رأي البعض الآخر من الفقهاء كالظاهرية والإمام أحمد والشافعي ^(٢) .

وذهب بعض الزيدية إلى إقامة الحد على المسلم إذا سرق خمر الذمي أو خنزيره في بلد له سكناه ، فقد جاء في شرح الأزهاري : « فلو سرق المسلم خمرًا أو خنزيرًا على مسلم فلا قطع . . . وأما لو سرق على ذمي خمرًا أو خنزيرًا وهو في بلد لهم سكناه فقال الهادي عليه السلام يقطع . . . » ^(٣) . وهذا قول قوي أميل إلى ترجيحه ، لأن الخمر أو الخنزير مال متقوم في حق الذمي ، ومقتضى تقويم المال إقامة الحد على سارقه ، وإيجاب الضمان على غاصبه ومثله .

٢٨٨ — واختلف الفقهاء في إقامة الحد على المسلم إذا سرق مال المستأمن ، فعند الحنابلة يقام عليه الحد لأنه سرق مالاً معصوماً بدليل وجوب ضمانه بالاتلاف ^(٤) . وعند الشافعية لا حد عليه لأن المستأمن لا يقام عليه الحد إذا سرق مال مسلم أو ذمي ، فلا يقام أيضاً الحد على المسلم إذا سرق مال المستأمن ^(٥) . وعند الحنفية اختلاف ، فقد قالوا لا يقام الحد على المسلم إذا سرق مال المستأمن استحساناً ، وفي القياس يقام عليه الحد وهو قول الإمام زفر ^(٦) .

(١) المهذب ج ٢ ص ٢٩٨ ، الاقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ج ٢ ص ١٩٣ ، فتح العزيز ج ١٤ ص ٢٢٢ ، الكاساني ج ٧ ص ٦٩ - ٧٠ ،

شرح الخرشبي ج ٨ ص ٩٢ .

(٢) المدونة الكبرى ، طبعة المطبعة الخيرية ج ٤ ص ٤١٨ - ٤١٩ ، المحلى ج ١١ ص ٣٣٤ .

(٣) شرح الأزهاري ج ٤ ص ٣٦٥ .

(٤) المغني ج ٨ ص ٢٦٩ ، كشاف القناع ج ٤ ص ٨٥ ، و ج ٢ ص ١٥٨ .

(٥) فتح العزيز ج ١٤ ص ٢٤٧ ، مغني المحتاج ج ٤ ص ١٧٥ ، الاقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ج ٢ ص ١٩٣ .

(٦) البسوط ج ٩ ص ١٨١ .

— ٣٣٣ —

والراجح من أقوال الفقهاء هو قول القائلين بإقامة حد السرقة على المسلم اذا سرق مال المستأمن لقوة استدلال القائلين بهذا القول ووجهته ، ولأن مال المستأمن في حمايه الدولة بمقتضى الأمان ، والحماية لا تكون كافية إلا اذا أقيم حد السرقة على من يسرق ماله ، مسلماً كان السارق أو غير مسلم .

أما اذا سرق المسلم خمراً للمستأمن أو خنزيراً ، فالظاهر أن الحكم في هذه الحالة كالحكم في سرقة المسلم خمر الذمي أو خنزيره ، قياساً للمستأمن على الذمي .

٢٨٩ — أما صور الاعتداء الأخرى على المال كالغصب والخطف ونحو ذلك فلا يجب فيها حد السرقة وإنما يجب فيها التعزير على الجاني على قدر ما يرى الامام أو القاضي (١) .

لِمَبْحَثِ الزَّالِمِ

ما عليه العمل الآن في جرائم الاعتداء على المال

٢٩٠ — في العربية السعودية ، حيث تطبق أحكام الشريعة ، وفقاً للمذهب الحنبلي ، يقام الحد على الذمي والمستأمن في جريمة السرقة سواء أكان المجنى عليه مسلماً أم غير مسلم ، مواطناً أم غير مواطن . أما في غير السرقة كالغصب والاختلاس فالعقوبة تكون تعزيرية حسب اجتهاد القاضي .

وفي العراق والجمهورية العربية المتحدة ، ينظم قانون العقوبات في هاتين الدولتين السرقة وعقوبتها . وقد عرف قانون العقوبات المصري « العربي » السارق بأنه : « كل من ختلس منقولاً مملوكاً لغيره فهو سارق » (٢) . ومثل هذا التعريف جاء في قانون العقوبات العراقي ، اذ

(١) فقرة ٢٨١ ص ٣٢٦ من هذه الرسالة .

(٢) المادة ٣١١ من قانون العقوبات المصري « العربي » .

— ٣٣٤ —

فيه : « يعد سارقاً كل من اختلس مالاً منقولاً مملوكاً للغير بدون رضاه » (١) .

والمقصود بالاختلاس الوارد في هاتين المادتين ، قيام الجاني بحركة مادية ينقل بها الشيء الى حيازته كالنزع أو السلب أو الخطف أو النقل وغير ذلك (٢) . ومعنى ذلك أن جريمة السرقة في القانون العراقي والقانون المصري « العربي » تشمل بعض صور الاعتداء على المال التي لم يعتبرها فقهاء الشريعة سرقة .

أما عقوبة السرقة فقد تكون الأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة أو الحبس ، حسب الأحوال وظروف الجريمة وتعدد الجناة وانفرادهم (٣) .

كما نص قانون العقوبات المصري « العربي » وكذا البغدادي على جرائم الاعتداء على الأموال بطريق الاغتصاب والتهديد وخيانة الأمانة والاحتيال ، وقرر لها عقوبات الأشغال الشاقة أو الحبس حسب الظروف ونوع الجريمة (٤) .

والواقع أن الجرائم التي نص عليها هذان القانونان ، فيما عدا السرقة بمفهومها وشروطها عند الفقهاء ، تعتبر من صور الاعتداء على المال ، وتكون عقوباتها من نوع عقوبات التعزير السائمة في الفقه الاسلامي .

وما نص عليه هذان القانونان من عقوبات تسري على جميع المقيمين في إقليم الدولة من مواطنين وأجانب لأن النصوص العقابية إقليمية التطبيق كما قلنا أكثر من مرة .

- (١) المادة ٢٥٨ من قانون العقوبات البغدادي .
- (٢) شرح قانون العقوبات المصري - القسم الخاص - للدكتور محمود محمود مصطفى ص ٣٥٤ .
- (٣) المواد ٣١٢ - ٣٢٠ من قانون العقوبات المصري « العربي » ، والمواد ٢٦٠ - ٢٦٨ من قانون العقوبات البغدادي .
- (٤) المواد ٣٢٥ - ٣٢٧ ، ٣٣٦ - ٣٤٣ من قانون العقوبات المصري « العربي » والمواد ٢٧٠ - ٢٧٤ ، ٢٧٧ - ٢٧٩ من قانون العقوبات البغدادي .

القِسْمُ الثَّانِي

أَحْكَامُ الذَّمِّيِّنَ وَالْمُسْتَأْمِنِينَ
فِي عِلَاقَاتِهِمْ مَعَ الْأَفْرَادِ

تمهيد :

٢٩١ — الروابط القانونية بين الأفراد اما روابط متعلقة بالأسرة ، وهي التي تسمى بروابط الأحوال الشخصية ، وأما روابط مالية . وكلا النوعين يخضع للقانون الخاص الذي يحكم علاقات الأفراد فيما بينهم سواء كانت هذه العلاقات أحوال شخصية أو علاقات أحوال عينية .

وهذه الروابط القانونية وما ينتج عنها من حقوق والتزامات تجد لها الحماية القانونية من القضاء ، اذ بدون هذه الحماية تصبح الروابط القانونية والحقوق الناشئة عنها معرضة للضياع ، ويكون الوفاء بها موقوفاً على محض رغبة المدين . ولذلك كان « من أهم وظائف الدولة توفير الحماية للروابط القانونية اذا اعتدى عليها معتد أو جحدها جاحد ، ولهذا فقد أقامت الدولة القضاء ليسهر على رعاية حقوق الأفراد ويرد عنها الاعتداء » (١) . والفكرة التقليدية تعتبر قانون المرافعات من قبيل القانون الخاص لأن الغرض منه حماية حقوق الأفراد (٢) .

وستتکلم في هذا القسم عن أحكام الأحوال الشخصية للزمين والمستأمنين ، ثم عن أحكام معاملاتهم المالية ، ثم نبين مدى خضوعهم لولاية القضاء العامة . وعليه سنقسم هذا القسم الى ثلاثة أبواب :-
الباب الأول - في مسائل الأحوال الشخصية للزمين والمستأمنين .

الباب الثاني - في معاملاتهم المالية .

الباب الثالث - في بيان مدى خضوعهم لولاية القضاء العامة وما يتعلق بهذا الموضوع .

(١) المدخل للقانون الخاص لاساتذنا الدكتور عبدالمعزم البدر اوي ص ١٢ .

(٢) الوجيز في قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري للدكتور رمزي سيف الطبعة الاولى في القاهرة ، ص ٩ . وكتاب شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية « قانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ » للدكتور الشرقاوي ص ٤ .

الباب الأول

أحكام الأسرة للذميين والمستأمنين « الأحوال الشخصية »

٢٩٢ - الأحوال الشخصية اصطلاح جديد في الجمهورية العربية المتحدة ، اذ دخلها بدخول التشريعات الوضعية ^(١) ، كما أن الفقه الاسلامي لم يعرف هذا الاصطلاح ، فلم يذكره الفقهاء المسلمون في كتاباتهم في الفقه ، فالامام ابن عابدين مثلاً ، يقول : « ان مدار أمور الدين على الاعتقادات والآداب والعبادات والمعاملات والعقوبات . والأولان ليسا مما نحن بصدده . والعبادات خمسة : الصلاة والزكاة والصوم والحج والجهاد . والمعاملات خمسة : المعاوضات المالية ، والمناكحات والمخاصمات والأمانات والتركات . والعقوبات خمسة : القصاص وحد السرقة والزنا والقذف والردة » ^(٢) . فالامام ابن عابدين يجعل المناكحات من جملة المعاملات ، مع أن النكاح يعتبر اليوم من صميم الأحوال الشخصية .

وبالرغم من شيوع هذا الاصطلاح « الأحوال الشخصية » في الوقت الحاضر إلا أن تحديد المراد منه تحديداً دقيقاً من الصعوبة بمكان ، فقد حاول كتاب القانون المدني في الدول العربية وخاصة في فرنسا أن يبينوا مداه والمراد منه بصورة دقيقة فلم يوفقوا ^(٣) . كما أن مفهوم هذا الاصلاح ، وما يدخل في نطاقه من مسائل ، كل هذا ، يختلف باختلاف البلدان ، فما يعتبر من الأحوال الشخصية في بلد ،

(١) المدخل للقانون الخاص لاستاذنا الدكتور عبد المنعم البدر اوي ص ١٦ .

(٢) رد المحتار ج ١ ص ٧٣ .

(٣) القانون الدولي الخاص لاستاذنا الدكتور جابر جاد عبدالرحمن : ج ٢ ص ١٤٤ .

قد لا يعتبر كذلك في بلد آخر (٤) .

وقد عرفت محكمة النقض والابرام في العربية المتحدة الأحوال الشخصية بقولها « المقصود بالأحوال الشخصية هو مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التي رتب القانون عليها أثراً قانونياً في حياته الاجتماعية ، ككون الإنسان ذكراً أو أنثى ، وكونه زوجاً أو أرملاً أو مطلقاً أو أباً أو إبناً شرعياً ، أو كونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر سن أو عته أو جنون ، أو كونه مطلق الأهلية أو مقيداً بسبب من أسبابها القانونية . أما الأمور المتعلقة بالمسائل المالية فكلها بحسب الأصل من الأحوال العينية . وإذن ، فالوقف والهبة والوصية والنفقات على اختلاف أنواعها ومناشئها من الأحوال العينية ، غير أن المشرع المصري وجد أن الوقف والهبة والوصية ، وكلها من عقود التبرعات تقوم غالباً على فكرة التصديق المندوب إليه ديانة ، فالجاء هذا الى اعتبارها من قبيل مسائل الأحوال الشخصية كيما يخرجها من اختصاص المحاكم المدنية التي ليس من نظامها النظر في المسائل التي تحوي عنصراً دينياً ذا أثر في تقرير حكمها (٥) .

وقد عدد قانون نظام القضاء المصري « العربي » رقم « ١٤٧ » لسنة ١٩٤٩ في مادته الثالثة عشرة المسائل التي يشملها اصطلاح الأحوال الشخصية ، فذكرت هذه المادة المسائل المتعلقة بنظام الأسرة كالزواج والطلاق والتفريق وغيرها ، كما ذكرت النفقة والتبني والميراث والوصايا وغيرها . ويرى بعض الكتاب أن هذه المسائل التي ذكرتها هذه المادة من قانون نظام القضاء المصري المذكور ، لم ترد على سبيل

(١) المرجع السابق : ج ٢ ص ١٤٥ .

(٢) حكم محكمة النقض والابرام المصرية في ٢١ يونيه سنة ١٩٣٤ ، المنشور في مجلة المحاماة الشرعية السنة الثامنة ص ٣٢٩ . وبلاحظ أن الهبة تعتبر من المسائل المالية بالنسبة للمصريين جميعاً ، فقد نظمها القانون المدني المصري تنظيماً كاملاً واستوفى أحكامها الشكلية والموضوعية بحكم كونها عقداً من عقود التملك : المدخل القانون الخاص لاستاذنا الدكتور عبدالمنعم البدر اوي ص ١٩ .

— ٣٤٠ —

• الحصر (١)

وعلى كل حال فإن ما سنذكره في هذا الباب ، بالنسبة للزمين والمستأمنين ، من مسائل النكاح وغيرها ، يعتبر كله من مسائل الأحوال الشخصية ويشمله هذا الاصطلاح •

أما فصول هذا الباب فستكون كما يلي :-

الفصل الأول — أنكحة الزميين والمستأمنين ومهورهم •

الفصل الثاني — فرق النكاح •

الفصل الثالث — العدة •

الفصل الرابع — ثبوت النسب •

الفصل الخامس — الولاية على النفس والمال •

الفصل السادس — النفقات •

الفصل السابع — الوقف •

الفصل الثامن — الوصية والميراث •

(١) القانون الدولي الخاص المصري للدكتور عز الدين عبدالله ج ٢
ص ١٦١ •

الفصل الأول أنكحة الذميين والمستأمنين ومُهورهم

لمبحث الأول أنكحة الذميين والمستأمنين

تمهيد :

٢٩٣ - النكاح عند الفقهاء عقد رتب عليه الشارع حكماً يفيد ملك استمتاع الرجل بالمرأة وحل استمتاع المرأة بالرجل ما دام كل منهما يحل للآخر (١) .

وتتکلم في المطلب الأول من هذا البحث عن النكاح بين المسلمين وبين الذميين والمستأمنين . ثم تتكلم في المطلب الثاني عن أنكحة الذميين والمستأمنين فيما بينهم .

المطلب الأول النكاح بينهم وبين المسلمين

الفرع الأول

زواج المسلم بذمية أو مستأمنة

٢٩٤ - أولا - نساء أهل الكتاب :

إذا كانت الذمية أو المستأمنة من حرائر نساء أهل الكتاب جاز للمسلم أن يتزوجها عند جماهير أهل العلم من السلف والخلف . وروي عن ابن عمر كراهية ذلك ، وكذا روي عن الإمام مالك ، وعن بعضهم (١) الفقه الاسلامي في الزواج والفرقة وآثارهما لاستاذنا محمد سلام مذكور ص ١٢ .

التحريم (١) . كما أن في مذهب الشيعة الامامية اختلافاً وتفصيلاً في هذه المسألة سنذكره بعد قليل .

احتج الجمهور على جواز نكاح الكتابية بقوله تعالى « اليوم أحل لكم الطيبات وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم والمحسنات من المؤمنات والمحسنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم اذا آتيتوهن أجورهن محصنين غير مسافحين ولا متخذي أخدان .. » كما احتجوا أيضاً بأن عثمان رضى الله عنه تزوج نائلة الكلبية ، وهي نصرانية ، على نسائه ، وإن طلحة بن عبيد الله تزوج يهودية من أهل

(١) الحصص ج ٢ ص ٣٢٤ : « اباحة نكاح الحرائر منهن « الكتابيات » اذا كن ذميات ، فهذا لا خلاف بين السلف وفقهاء الامصار فيه الا شيئاً يروى عن ابن عمر انه كرهه . والروض النضر في فقه الزيدية ج ٤ ص ٦٢ - ٦٣ : حدثني زيد بن علي عن ابيه عن جده عن علي عليهم السلام انه قال يتزوج المسلم اليهودية والنصرانية ولا يتزوج المجوسية ولا المشركة . وفي ص ٦٤ منه : والحديث يدل على انه يجوز للمسلم نكاح الكتابية من اليهود والنصارى وهو الصحيح من مذهب الامام زيد ابن علي . . . والحجة على ذلك قوله عز وجل « أحل لكم الطيبات . . . الى آخر الآية » ، وذهب الهادي والقاسم والنفس الزكية الى تحريم الكتابية وغيرها من المشرقات بقوله عز وجل « ولا تنكحوا المشرقات حتى يؤمن » . وهذا هو ما اختاره المتأخرون في المذهب الزيدي : شرح الأزهار ج ٢ ص ٢٠٨ . شرح الخرشي ج ٣ ص ٢٢٦ : يجوز زواج الحرة الكتابية بكره ، وعلى قول ابن القاسم يجوز بلا كراهة ، وانما كره مالك ذلك في بلاد الاسلام لأنها تتغذى بالخمير وتقلد ولده بها وهو يقبلها ويضاجعها وليس له منعها من ذلك ولا من الذهاب الى الكنيسة . المحلى ج ٩ ص ٤٤٥ ، المغني ج ٦ ص ٥٨٩ ، الهداية ج ٢ ص ٣٧٢ ، أحكام القرآن للشافعي ص ١٨٣ ، المهذب ج ٢ ص ٤٦ ، تحفة المحتاج بشرح المنهاج ج ٧ ص ٣٢٢ ، شرح النيل ج ٣ ص ٢١ : « وحل للحر والعبد البالغ والطفل نكاح حرة كتابية بالغة أو طفلة معاهدة للامام أو نائبه على اجراء الحكم عليها ان لم ترد عن الاسلام الى أهل الكتاب » . وبلاحظ ان حل نساء الكتابيات للمسلم يشمل الذميات والمستأنسات ، وقد صرح الفقهاء بأن المستأمنة في دارنا اذا تزوجت مسلماً صارت ذمية : شرح السير الكبير ج ١ ص ٣٣٨ . أما نكاح المسلم الأمة الكتابية ، فعند الجمهور ، كالمشافعي ومالك وأحمد ، لا يجوز وقد أباحه الحنفية : الحصص ج ٢ ص ١٦٢ - ١٦٤ ، المغني ج ٦ ص ٥٩٦ .

الشام ، ولم ينقل ان أحداً من الصحابة أنكر ذلك ، فعلم أنهم متفقون على جواز نكاح الكتائيات •

واحتج القائلون بتحريم نكاح الكتائيات بقوله تعالى : « ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن » والكتابية مشركة فلا يجوز نكاحها ، ويؤيد هذا ما روي عن ابن عمر أنه كان اذا سئل عن نكاح اليهودية والنصرانية قال : ان الله حرم المشركات على المسلمين ، ولا أعلم من الشرك شيئاً أكبر من أن تقول ربها عيسى أو عبد من عبيد الله (١) •

واجاب الجمهور على حجة المانعين بما يأتي :

أ — ان قوله تعالى « ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن » غير موجب لتحريم الكتائيات من وجهين :

الوجه الأول — ان ظاهر لفظ المشركات أو المشركين انما يتناول عبدة الأوثان عند الإطلاق ولا يدخل فيه أهل الكتاب بدليل قوله تعالى « ما يود الذين كفروا من أهل الكتاب ولا المشركين ان ينزل عليكم من خير من ربكم » وقوله تعالى « لم يكن الذين كفروا من أهل الكتاب ، والمشركين منفكين حتى تأتيهم البينة » ففرق بين أهل الكتاب وبين المشركين في اللفظ ، وظاهره يقتضي أن المعطوف غير المعطوف عليه (٢) •

الوجه الثاني — أنه لو كانت آية « ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن » على العموم لوجب أن تكون مخصوصة بقوله تعالى « اليوم أحل لكم الطيبات ... » والمحسنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم »

(١) الجصاص ج ١ ص ٣٣٢ — ٣٣٣ ، المغني ج ٦ ص ٥٩٠ ، وآية « اليوم أحل لكم الطيبات ... » وردت في سورة المائدة : ج ٦ ، الآية ٥ ، وأما آية « ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن » فهي في سورة البقرة ج ٢ الآية ٢٢١ •

(٢) الا ان تقوم الدلالة على غير ذلك كما في قوله تعالى « من كان عدوا لله وملائكته ورسله وجبريل وميكال » فأفرد سبحانه وتعالى جبريل وميكال بالذكر تعظيماً لسانهما مع انهما من جملة الملائكة •

— ٣٤٤ —

لا سيما وان نزولها متأخر عن نزول الآية التي احتجوا بها (١) .
 ب — الاحتجاج بما روي عن ابن عمر ، لا يدل على تحريم نكاح
 الكتابيات ، لأنه روي عن ابن عمر جواز نكاح الكتابيات ، كما روي
 عنه التوقف ، فقد روى ميمون بن مهران قال : « قلت لابن عمر إنا
 بأرض يخالطنا فيها أهل الكتاب أفنسكح نساءهم ونأكل من طعامهم ؟ »
 قال : فقرأ عليّ آية التحريم وآية التحليل . قلت : اني أقرأ ما تقرأ ،
 أفنسكح نساءهم ونأكل طعامهم ؟ قال : فأعاد عليّ آية التحليل وآية
 التحريم . « يعني بآية التحليل الآية التي احتج بها الجمهور وهي
 « والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم » وبآية التحريم
 « ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن » وجواب ابن عمر يدل على
 توقفه ولا يدل على قطعه بالإباحة أو بالتحريم ، فما روي عنه يحمل
 على الكراهة ولا يحمل على التحريم (٢) .

٢٩٥ — أما مذهب الشيعة الامامية فقد نقل عنهم صاحب المغني
 أنهم يحرمون نساء أهل الكتاب لقوله تعالى « ولا تنكحوا المشركات
 حتى يؤمن » (٣) .

والصحيح انه قول طائفة منهم لأن الشيعة الامامية مختلفون في
 حل نساء الكتابيات ، والأقوى عند بعضهم الجواز ، فقد جاء في سفينة
 النجاة : « وأما الكتابية أعني اليهودية والنصرانية فيحل نكاحها استدامة
 اجماعاً ، فإذا أسلم زوجها دونها فهي على نكاحه قبل الدخول وبعده ،
 دائماً ومنقطعاً ، سواء كان كتابياً أو غيره . وأما في الابتداء فمنهم من
 حرمه مطلقاً ومنهم من حلله مطلقاً ومنهم من فصل بين الدوام فلا يحل ،
 والمتعة وملك اليمين فيحل ، والأقوى الجواز مطلقاً لقوله عز من قائل

- (١) الجصاص ج ١ ص ٣٣٣ ، و ج ٢ منه ص ٣٢٥ ، ٣٢٦ ، والمغني
 ج ٦ ص ٥٩٠ ، والمحلى ج ٩ ص ٤٤٥ .
 (٢) الجصاص ج ١ ص ٣٣٢ — ٣٣٣ ، ج ٢ منه ص ٣٢٤ — ٣٢٥ .
 (٣) المغني ج ٦ ص ٥٩٠ : وحرمة الامامية تمسكاً بقوله تعالى « ولا
 تنكحوا المشركات حتى يؤمن » . تاريخ التشريع الاسلامي لاستاذنا
 محمد سلام مذكور ص ١٦٨ .

— ٣٤٥ —

في سورة المائدة التي هي آخر القرآن نزولاً وقد نسخت ما قبلها ولم ينسخها شيء « اليوم أحل لكم الطيبات ... الآية » ، نعم قد نهى عنه في السنة نهى تنزيه لا تحريم هو في الدوام أشد منه في المتعة « (١) » . ومع ان جمهور الفقهاء ، على حل نكاح نساء أهل الكتاب ، كما ذكرنا ، ولكن الأولى — كما يقول صاحب المغني — للمسلم أن لا يتزوج الكتابيات لأن عمر بن الخطاب قال للذين تزوجوا نساء أهل الكتاب طلقوهن « (٢) » .

٢٩٦ — ثانياً — المجوس :

لا يحل للمسلم الزواج بنسائهم عند جمهور العلماء ، لأنهم ليسوا من أهل الكتاب « (٣) » . وذهب الظاهرية الى جواز زواج المسلم بالمجوسية بحجة انها من أهل الكتاب « (٤) » . وقال أبو ثور يباح الزواج بالمجوسية لقول النبي صلى الله عليه وسلم « سنوا بهم سنة أهل الكتاب » ، ولأنه روي أن حذيفة تزوج مجوسية ، ولأن المجوس يقرون بالجزية فاشبهوا اليهود والنصارى . وعند الشيعة قولان والأقوى عندهم التفصيل : بين النكاح الدائم فلا يحل ، وبين المتعة فتحل .

والصحيح قول عامة العلماء لأن المجوس ليسوا من أهل الكتاب ، قال تعالى : « أن تقولوا إنما أنزل الكتاب على طائفتين من قبلنا » فلو كان المجوس من أهل الكتاب لكان أهل الكتاب ثلاث طوائف وهذا لا يجوز . وأما قوله صلى الله عليه وسلم « سنوا بهم سنة أهل الكتاب » فإنه يدل على أنهم لا كتاب لهم ، وإن النبي صلى الله عليه وسلم أراد فيما قاله حقن دمائهم وإقرارهم بالجزية لا غير ، ويؤيد هذا ما روي عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال « سنوا بالمجوس سنة أهل الكتاب غير أنكم ليسوا بناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائهم » . وما روي عن حذيفة

(١) سفينة النجاة ج ٢ ص ٣٨٥ — ٣٨٦ .

(٢) المغني ج ٦ ص ٥٩٠ ، المذهب ج ٢ ص ٤٦ .

(٣) الكاساني ج ٢ ص ٢٧١ ، الهداية ج ٢ ص ٣٧٣ ، الفتاوى الهندية

ج ١ ص ٢٨١ ، المذهب ج ٢ ص ٤٧ ، تحفة المحتاج ج ٧ ص ٣٢٢ ،

الروض النضر ج ٤ ص ٦٥ ، حاشية الدسوقي ج ٢ ص ٢٦٧ .

(٤) المحلى ج ٩ ص ٤٤٥ .

— ٣٤٦ —

انه تزوج مجوسية فهذا لا يثبت ، فقد روي أنه تزوج يهودية ، وهذه الرواية أوثق من رواية زواجه بمجوسية ، على أنه لو ثبت ذلك لما جاز الاحتجاج به مع مخالفته الكتاب والسنة وقول جمهور العلماء (١) .

٢٩٧ - ثالثاً - الصابئة :

وحل نكاح نسائهم أو عدم حله مبني على اعتبارهم من أهل الكتاب أو من غير أهل الكتاب . فالذين اعتبروهم من أهل الكتاب قالوا بالحل ، والذين لم يعتبروهم من أهل الكتاب قالوا بالحرمة ، ولهذا قال أبو حنيفة بحل نسائهم لأنهم عنده من جملة أهل الكتاب وإن كانوا يخالفون أهل الكتاب في بعض ديانتهم ، فإن هذا لا يمنع نكاح نسائهم . وأبو يوسف ومحمد قالوا بحرمة نكاح نسائهم لأن الصابئة عندهما ليسوا من أهل الكتاب ، فهم يعبدون الكواكب ، وعابد الكواكب كعابد الوثن ، فلا يجوز للمسلم مناعتهم . وغير الحنفية ، كالحنابلة والشافعية ، لم يجزموا بالحل أو الحرمة ، وإنما قالوا فيهم : إن كانوا يوافقون النصراني أو اليهود في أصل دينهم ويخالفونهم في فروعه ، كانوا منهم فتحل نسائهم للمسلم ، وإن كانوا يخالفونهم في أصول دينهم لم يكونوا منهم فلا تحل نسائهم للمسلم (٢) .

٢٩٨ - رابعاً - عباد الأوثان ونحوهم :

وأما سائر الكفار من عباد الأوثان والأصنام والأحجار والأشجار والحيوان ونحوهم فلا خلاف بين أهل العلم في تحريم نسائهم لقوله تعالى « ولا تمسكوا بعصم الكوافر » وقوله تعالى « ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن » (٣) .

(١) المغني ج ٦ ص ٥٩١ - ٥٩٢ ، سفينة النجاة ج ٢ ص ٣٨٦ .

(٢) المغني ج ٦ ص ٥٩١ ، المهذب ج ٢ ص ٤٧ ، الكاساني ج ٢ ص

٢٧١ ، الجصاص ج ٣ ص ٩١ ، شرح العناية ج ٢ ص ٢٧٤ ،

الفتاوى الهندية ج ١ ص ٢٨١ .

(٣) المغني ج ٦ ص ٥٩٢ ، المهذب ج ٢ ص ٤٧ ، الهداية وفتح القدير

ج ٢ ص ٣٧٣ .

٢٩٩ - للشهود على النكاح :

إذا تزوج المسلم كتابية ، فهل يشترط أن يكون شهود الزواج من المسلمين ؟

قال الحنابلة والشافعية لا يجوز النكاح إلا بشهادة مسلمين واحتجوا بقوله عليه الصلاة والسلام « لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل » ، ولأنه نكاح مسلم فلا يجوز إلا بشهادة مسلمين كزواج المسلم بمسلمة (١) .

وعند أبي حنيفة وأبي يوسف يجوز النكاح بشهادة ذمين . وقال محمد وزفر لا يجوز . احتج محمد وزفر بما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل » والمراد منه عدالة الدين ، ولأن الأشهاد شرط جواز العقد ، والعقد يتعلق وجوده بالطرفين ، طرف الزوج وطرف الزوجة ، ولم يوجد الأشهاد على الطرفين ، لأن شهادة غير المسلم حجة على مثله ، وليس حجة على المسلم ، فكانت شهادته في حق المسلم كأن لم تكن ، فلم يوجد الأشهاد في جانب الزوج فلا يصح النكاح .

واحتج أبو حنيفة بعمومات الكتاب والسنة نحو قوله تعالى « فافكحوا ما طاب لكم من النساء ... » ، وبقوله صلى الله عليه وسلم « تزوجوا ولا تطلقوا » من غير شرط . إلا أن كون الشاهدين من المسلمين صار شرطاً في نكاح الزوجين المسلمين بالاجماع ، فمن ادعى كونه شرطاً في زواج المسلم بالذمية فعليه الدليل . ثم إن قول النبي صلى الله عليه وسلم « لا نكاح إلا بشاهدين » متحقق في نكاح المسلم ذمية بشهادة ذمين ، لأن الشهادة في اللغة عبارة عن الاعلام والبيان ، وغير المسلم من أهل الاعلام والبيان ، لأن ذلك يقف على العقل واللسان والعلم بالمشهود به وكل ذلك موجود في غير المسلم . إلا أن شهادة غير المسلم على المسلم خصت من عموم الحديث فبقيت شهادته للمسلم

(١) المغني ج ٦ ص ٤٥١ - ٤٥٢ ، الإقناع في حل الفاظ أبي شعاع ج ٢ ص ٧١ - ٧٢ . الفقه الاسلامي في الزواج والفرقة وآثارهما - تأليف استاذنا محمد سلام مذكور ص ٢٤ .

داخلة تحته . وليس في شهادة الذميين على النكاح شهادة على المسلم بل شهادة له بإثبات ملك المتعة له على الذمية ، وشهادة أهل الذمة على الذمية جائزة ، وعليه فالنكاح صحيح بشهادة الذميين . أما عند الإنكار فينظر ان كان إفكار الزوجية من الزوجة فإن شهادة شهود النكاح من أهل الذمة تقبل ، لأنها شهادة للمسلم لا عليه ، وان كان الإفكار من الزوج فلا تقبل شهادتهم لأن شهادة غير المسلم على المسلم لا تجوز لما فيها من معنى الولاية ولا ولاية لغير المسلم على المسلم ^(١) .

وقول أبي حنيفة هو الراجح لقوة استدلاله ووجهته ولأن الشهادة « في الزواج إنما تكون في الواقع قاصرة على المرأة اذ الزوج يشارك الزوجة في أصل حق الاستمتاع ويزيد عليها باختصاصه بها بحيث لا تحل لغيره وهي في عصمته ، فيراعى جانب المشهود عليها التي عليها الحق الغالب » ^(٢) . كما ان الواجب في عقد النكاح إعلانه ^(٣) ، والعلاية تتحقق بالشهادة ^(٤) ، ولو كان الشهود من غير المسلمين .

٣٠٠ - الولي في الزواج :

من المقرر عند الفقهاء ان الولاية في النكاح تثبت لغير المسلم على غير المسلم ، فالأب الذمي مثلاً له الولاية على تزويج إبنته الذمية ، وهذه الولاية تثبت سواء أكان الولي والمولى عليه غير المسلمين متحدين أو مختلفين ديناً ، إلا أن الحنابلة يشترطون لثبوت هذه الولاية بين غير المسلمين اتحاد الدين بين الولي والمولى عليه ، فإن اختلفا ديناً فلا ولاية

(١) الكاساني ج ٢ ص ٢٥٣ - ٢٥٤ ، الهداية وفتح القدير ج ٢ ص ٣٥٣ - ٣٥٥ ، شرح العناية ج ٢ ص ٣٥٤ .

(٢) الفقه الاسلامي في الزواج والفرقة وآثارهما لاستاذنا محمد سلام مذكور ص ٢٤ .

(٣) المرجع السابق ص ٢١ .

(٤) وهي الحد الأدنى للعلاية عند الحنفية والشافعية والحنابلة ، وهي عندهم تجب وقت اجراء العقد ، فلا يصح أن تكون في غير مجلس العقد أو قبله . وعند مالك يشترط الإعلان والإشهار وقت العقد فلو تم العقد وتوافرت العلانية بأن حضره جمع من النساء والصبيات لكن لم يتوافر له نصاب الشهادة فالعقد صحيح عنده ، ولكن يشترط لحل الدخول بها أن يتم الاشهاد ، فوقت الشهادة عند مالك الى وقت الدخول : المرجع السابق ص ٢٤ .

- ٣٤٩ -

بينهما ، ولهذا لا يلي عندهم النصراني مثلاً تزويج إبنته المجوسية .
والحجة في ثبوت الولاية في النكاح لغير المسلم على غير المسلم
قوله تعالى « والذين كفروا بعضهم أولياء بعض » ولأن الكفر لا يقدح
في الشفقة الباعثة على تحصيل النظر في حق المولى عليه .

والولاية في النكاح تثبت لغير المسلم على غير المسلم سواء أراد
الولي تزويج المولى عليه بمسلم أو بغير مسلم . وعلى هذا إذا تزوج
المسلم ذمية أو مستأمنة فولياها غير المسلم هو وليها في هذا الزواج .
وهذا مذهب الشافعية والمالكية والحنفية والظاهرية والزيدية والحنابلة ،
إلا أن أبا يعلى الحنبلي قال : لا يزوجه للمسلم إلا الحاكم لأن الإمام
أحمد قال لا يعقد يهودي ولا نصراني عقد نكاح لمسلم ولا مسلمة لأنه
عقد يفترق إلى شهادة مسلمين فلا يصح بولاية غير مسلم كنكاح
المسلمين . وقد رد ابن قدامة الحنبلي على أبي يعلى بأن الشهود إنما
يرادون لإثبات النكاح عند الحاكم بخلاف الولاية (١) .

(١) المغني ج ٦ ص ٤٧٢ - ٤٧٣ ، شرح منتهى الإرادات ج ٣ ص ٣٠ ،
الكاساني ج ٢ ص ٢٣٩ ، الزيلعي ج ٢ ص ١٢٦ ، الهداية ج ١
ص ٢٨٤ الدر المختار ج ٢ ص ٤٢٩ ، مغني المحتاج ج ٤ ص ١٥٦ ،
فتح العزيز ج ١٠ ص ١١ ، المحلى ج ٩ ص ٤٧٣ ، شرح الأزهار
ج ٢ ص ٢٢٨ .

ومن الجدير بالذكر هنا أن الولاية في النكاح منقطعة بين المسلم وغير
المسلم ، فلا يزوج المسلمة وليها إذا كان غير مسلم ، لأن غير المسلم
لا ولاية له على المسلم ، وعلى هذا إجماع أهل العلم . وكما لا تثبت
الولاية في النكاح لغير المسلم على المسلم ، لا تثبت كذلك للمسلم على غير
المسلم ، ولكن تثبت للمسلم الولاية في النكاح على غير المسلم بالسبب
العام ، كولاية السلطان والقاضي ، عند عدم وجود الولي الخاص ،
ففي هذه الحالة يكون للقاضي أو السلطان تزويج غير المسلمة :
الزيلعي وحاشية الشلبي ج ٢ ص ١٢٥ - ١٢٦ ، الفتاوى الهندية
ج ١ ص ٢٨٤ ، فتح القدير ج ٢ ص ٤١٢ ، الكاساني ج ٢ ص
٢٣٩ ، المهذب ج ٢ ص ٣٨ ، مغني المحتاج ج ٣ ص ١٥٦ ، شرح
منهج الطلاب ج ٣ ص ٣٤٤ ، فتح العزيز ج ٨ ص ١١ ، شرح
الأزهار ج ٢ ص ٢٢٨ ، الزرقاني على مختصر خليل ج ٣ ص ١٨٢ ،
المحلى ج ٩ ص ٤٧٣ ، المغني ج ٦ ص ٤٧٢ .

وعند الشيعة الإمامية تثبت الولاية في النكاح للمسلم على غير المسلم
ولو لم تكن بالسبب العام ، فقد جاء في كتاب الأحكام الجعفرية في
الأحوال الشخصية ص ١١ : « لا ولاية في النكاح ولا في المال لدمي على
مسلم وثبت للمسلم على الذمي » .

٢٠١ - دين ولد المسلم :

إذا تزوج المسلم كناية فولده منها يعتبر مسلماً تبعاً له في الاسلام ، لأن القاعدة عند فقهاء المسلمين أن الصغير يتبع خير الأبوين ديناً . وهذا ما صرح به فقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة والزيدية والظاهرية والاباضية . وقال مالك إن الصغير يتبع أباه فقط في الدين ولا يتبع أمه ^(١) . وما ذهب اليه الفقهاء من أن الولد يتبع خير الأبوين ديناً هو القول الصحيح الذي يجب المصير اليه لأنه أنظر للصغير وأصلح له ولأن الاسلام يعلو ولا يعلى عليه ^(٢) .

ويلاحظ هنا أن الحنفية يقولون بتبعية الصغير في الدين لخير الأبوين ديناً إذا لم تختلف الدار ، بأن كانا في دار الاسلام أو في دار الحرب ، أو كان الصغير في دار الاسلام والوالد المسلم في دار الحرب لأنه يعتبر من أهل دار الاسلام حكماً . أما إذا كان الصغير في دار الحرب ووالده في دار الاسلام فأسلم فإن ولده يكون مسلماً تبعاً له لأنه لا يمكن أن يعتبر الوالد من أهل دار الحرب بخلاف العكس ^(٣) . وعند الزيدية يحكم للصبي أيضاً بأنه مسلم دون أبويه بكونه في دارنا دونهما ^(٤) ، وهذا توسع من الزيدية في تبعية الصغير لدار الاسلام في الاسلام .

(١) شرح الكنز للزيلعي ج ٢ ص ١٧٣ ، الهداية وفتح القدير ج ٢ ص

٥٠٦ ، المهذب ج ٢ ص ٢٥٥ ، فتح العزيز ج ٨ ص ١٠ ، المغني ج ٧ ص ٨٠٠ ، شرح الأزهري ج ٤ ص ٥٨١ ، المحلى ج ٧ ص ٣٢٢ ، شرح النيل ج ٣ ص ١٩٢ ، شرح الخرشبي ج ٨ ص ٦٩ : وحكم باسلام من لم يميز لصغر أو جنون باسلام أبيه فقط ، وغير الأب لا يحكم باسلام الولد بسبب اسلامه على المشهور .

(٢) الزيلعي ج ٢ ص ١٧٣ ، الأبياني ج ١ ص ١٩٢ .

(٣) شرح الكنز للعيني ج ١ ص ١٦٣ ، شرح الكنز للزيلعي ج ٢ ص ١٧٣ .

(٤) شرح الأزهري ج ٤ ص ٥٨١ : واعلم أن الصبي مسلم أي ثبت له أحكام الاسلام باسلام أحد أبويه وإن كان الآخر كافراً ، ويحكم للصبي أيضاً بأنه مسلم دون أبويه بكونه في دارنا دونهما .

— ٣٥١ —

٣٠٢ - وبصدد بيان دين الصغير ، وحسب قاعدة الصغير يتبع خير الأبوين ديناً ، تتساءل هنا عن دين الصغير اذا كان أحد أبويه مسيحياً والآخر إسرائيلياً • الذي وقفت عليه ، هو أن الفقهاء وجدتهم يصرحون بأن دين الكتابي خير من دين المجوسي ^(١) ، ولم أقف على قول لهم في التفضيل بين اليهودية والمسيحية سوى ما أشار اليه الاباضية عند كلامهم على من تدفع اليه الزكاة عند عدم وجود المسلم ، فقد قالوا : « ... وإلا فلنصراني ... وإلا فليهودي ... وإلا فلمجوسي » ^(٢) • وهذا الكلام يدل على أن المسيحية عند الاباضية خير من اليهودية • والواقع ان الأمر هكذا ، فالمسيحية خير من اليهودية ، لأنها مكتملة لها وجاءت بعدها ، ولأن المسيحيين أقرب مودة للمسلمين كما نطق القرآن • والقرآن الكريم ذم اليهود ، لما صاروا اليه واتصفوا به ، بما لم يذم بمثله النصارى • وعلى هذا أرى ، على قياس قول الفقهاء إن الصغير يتبع خير الأبوين ديناً ، أن الصغير بين الدين ، يهودي ومسيحي ، يتبع في الدين من كان مسيحياً منهما •

٣٠٣ - ما عليه العمل في الوقت الحاضر :

بيننا الحكم الفقهي في مسألة زواج المسلم بذمية أو مستأمنة وما يتعلق بهذا الزواج • فهل تطبق هذه الأحكام الفقهية في الوقت الحاضر أم لا ؟

أما في العربية السعودية ، فإن ما ذكرناه عن المذهب الحنبلي ، بصدد نكاح المسلم ذمية أو مستأمنة ، يطبق فيها • وعلى هذا يجوز للمسلم أن يتزوج ذمية أو مستأمنة بشرط أن تكون كتابية ، وإن كان الأولى عدم زواجه بالكتابية كما نقلنا عن صاحب المغني الحنبلي • ووليها غير المسلم يزوجه إياه بشرط أن يكون الشهود مسلمين • وولده منها يكون مسلماً تبعاً له •

(١) المبسوط ج ١٧ ص ٨٣ : لأن دين اليهودي والنصراني اذا قوبل بدين المجوس فدين المجوس شر منه • والزيلعي ج ٢ ص ١٧٣ •

(٢) شرح النيل ج ٢ ص ١٣٣ •

أما في العربية المتحدة ، فالمعمول به هو أحكام المذهب الحنفي على الراجح منه فيما لم ينص عليه قانون وضعي في مسائل النكاح ، طبقاً للمنصوص عليه في المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ . وعلى هذا يجوز للمسلم الزواج بغير مسلمة ، ذمية كانت أو مستأمنة على أن تكون كتابية لا مجوسية ولا وثنية . أما لو كانت صابئة فيجوز أيضاً نكاحها على قول أبي حنيفة خلافاً لصاحبيه ، وقول أبي حنيفة يرجح على قول صاحبيه عند أكثر علماء الحنفية إلا إذا كانت ضرورة تقضي باتباع قول الصاحبين أو ظهر ضعف قول أبي حنيفة بالدليل ^(١) . والواقع أن الصابئة في الوقت الحاضر ، كما عندنا في العراق ، يؤمنون بالله واليوم الآخر ويدعون إتيان شريعة آدم عليه السلام ، وإن بأيديهم الكنزبرا أي صحف آدم ، وأن يحيى عليه السلام نبي لهم ، جاء لينقي شريعة آدم مما علق بها من بدع وأباطيل ^(٢) . وعلى هذا ينبغي القول بجواز نكاح نساء الصابئة لأنهم من جنس أهل الكتاب فيعاملون على هذا الأساس . كما ينبغي أن يكون قول الصاحبين كقول أبي حنيفة في جواز نكاحهن ، لأن الصاحبين بنوا قولهما بالمنع من نكاحهن على أساس أن الصابئة من عبدة الأوثان ^(٣) ، وهم في الوقت الحاضر ليسوا كذلك .

ويجوز أن يكون الشهود على هذا النكاح من غير المسلمين ، لأن هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقولهما هو الراجح عند اتفاقهما على رأي ^(٤) . والولي في هذا الزواج هو ولي المرأة ولو كان غير مسلم . وولد المسلم مسلم أيضاً تبعاً لأبيه .

وقد كان زواج المسلم بغير المسلمة ، قبل إلغاء المحاكم الشرعية ،

(١) كتاب «أبو حنيفة» لاستاذنا الشيخ محمد أبو زهرة ص ٤٥٧-٤٥٨ .

(٢) الصابئون في ماضيهم وحاضرهم تأليف عبدالرزاق الحسني ص ٣٣ وما بعدها .

(٣) شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية للأبياني ج ١ ص ٥٥ - ٥٦ .

(٤) أبو حنيفة لاستاذنا الشيخ محمد أبو زهرة ص ٤٥٧ .

يجري من قبل القاضي الشرعي ، لأن المأذون الشرعي كان مسنوعاً من مباشرة عقد هذا الزواج ، وكان على القاضي الشرعي إيفاء المرأة بأحكام الشريعة الإسلامية المتعلقة بهذا النكاح ، فإذا ما رضيت بأشهر العقد وأجراه ووثقه . وبعد إلغاء المحاكم الشرعية استمر منع المأذونين الشرعيين من مباشرة زواج المسلم بغير المسلمة ، فقد نصت المادة التاسعة عشرة من لائحة المأذونين التي صدرت بقرار من وزير العدل في يناير سنة ١٩٥٥ على أنه « لا يجوز للمأذون أن يوثق عقد الزواج إذا كان أحد الطرفين فيه غير مسلم أو أجنبي الجنسية » وأصبح الآن مباشرة هذه العقود من اختصاص مكاتب التوثيق التابعة لوزارة العدل بعد اتخاذ الإجراءات الخاصة وإعلام المرأة الكتابية بأحكام الإسلام في الزواج والطلاق والإرث وديانة الأولاد حتى تكون على بينة من أمرها^(١) .

أما في العراق ، فقد نص قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ في مادته السابعة عشرة : « يصح للمسلم أن يتزوج كتابية » . وهذا هو الحكم الشرعي عند جمهور الفقهاء ، إلا أنه لا يصح زواج المسلم بمجوسية لأنها ليست كتابية كما بينا . أما زواجه بصابئة فقد ذكرنا الخلاف في هذه المسألة ، وحيث أن المعمول به في العراق ، فيما عدا ما نص عليه القانون هو أحكام الفقه الحنفي ، فإنه يجوز زواج المسلم بصابئة على قول أبي حنيفة ، باعتبار أن الصابئة من جنس أهل الكتاب ، ويؤيد هذا حال الصابئة في الوقت الحاضر . أما الشهود على زواج المسلم بالكتابية ، فلا يشترط فيهم الإسلام لأن قانون الأحوال الشخصية العراقي لم يشترط هذا الشرط^(٢) . والولي في هذا النكاح هو ولي المرأة ولو كان غير مسلم كما هو المقرر في الفقه الحنفي .

- (١) الفقه الإسلامي في الزواج والفرقة وآثارهما لاستاذنا محمد سلام المذكور ص ٥٧ . أحكام الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي للدكتور محمد يوسف موسى ص ١٦٧ - ١٦٨ .
- (٢) جاء في المادة السادسة من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ بصدد شروط الزواج ما يأتي : شهادة شاهدين متمتعين بالأهلية القانونية على عقد الزواج .

— ٣٥٤ —

والصغير المولود في هذا النكاح يتبع الأب المسلم في الاسلام طبقاً لقاعدة الصغير يتبع خير الوالدين ديناً .
وقد اشترط القانون تسجيل عقد الزواج في المحكمة المختصة (١) .
وهي هنا المحكمة الشرعية ، لأن الزوج مسلم ، وعلى هذا يجري العمل في المحاكم الشرعية في العراق .

الْفَرْعُ الْثَانِي

زواج المسلمة بنمي او مستامن

٣٠٤ — لا يجوز زواج المسلمة بغير المسلم عند جميع الفقهاء ، فإذا تزوجت به فالزواج باطل لقوله تعالى : « ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا » ولأن في زواج المسلمة بغير المسلم خوف وقوعها في الكفر ، لأن الزوج قد يدعوها الى دينه ، والنساء في العادة يتبعن الرجال ويقلدنهم في الدين (٢) .

٣٠٥ — والمعمول به حالياً ، في العراق والعربية المتحدة والسعودية

(١) نصت المادة العاشرة من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ : بسجل عقد الزواج في المحكمة المختصة بدون رسم في سجل خاص وفقاً للشروط الآتية :

١ — تقديم بيان بلا طابع يتضمن هوية العاقدين وعمرهما ومقدار المهر وعدم وجود مانع شرعي من الزواج على أن يوقع هذا البيان من العاقدين

٢ — يرفق البيان بتقرير طبي يؤيد سلامة الزوجين من الأمراض السارية والموانع الصحية وبالوثائق الأخرى التي يشترطها القانون .
٣ — يدون ما تضمنه البيان في السجل ويوقع بامضاء العاقدين أو بصمة إيهامهما بحضور القاضي ويوثق من قبله وتعطى للزوجين حجة بالزواج .

(٢) الأم للشافعي ج ٥ ص ٥ ، أحكام القرآن للشافعي ج ١ ص ١٨٩ ، الكاساني ج ٢ ص ٢٧١ - ٢٧٢ ، سفينة النجاة ج ٢ ص ٤٠١ ، المغني ج ٦ ص ٦٣٤ ، شرح منتهى الإرادات ج ٣ ص ٦١ ، الزواج والفرقة وآثارهما لاستاذنا محمد سلام مذكور ص ٥٧ . وآية « ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا » وردت في سورة البقرة ج ٢ الآية ٢٢١ .

وغيرها من بلاد الاسلام ، حرمة زواج المسلمة بغير المسلم . واذا وقع مثل هذا النكاح فهو « باطل لا وجود له حكماً وان وجد في الصورة فلا يترتب عليه أي أثر بعد الدخول أو قبله لانتفاء المحلية الأصلية التي هي شرط انعقاده » ^(١) . وعلى هذا لا يثبت به نسب إلا أن أبا حنيفة يرى ان النكاح الباطل لانتفاء المحلية يثبت به النسب لوجود العقد صورة ، خلافاً للصاحبين . وقد استظهر كمال الدين بن الهمام عدم ثبوت النسب به ورجح ذلك ، لأن الزنى لا يثبت به النسب ^(٢) .

وعلى ما استظهره ابن الهمام ، اذا سافرت المسلمات الى خارج بلاد الاسلام لتلقي العلم هناك وتزوجن بغير مسلمين فإن زواجهن باطل غير منعقد ولا يثبت به نسب . إلا ان صاحب المغني ذكر ان الزواج في العدة باطل لا يترتب عليه أثر ولا يثبت فيه نسب اذا كان الزوجان عالمين بالعدة وتحريم النكاح فيها ، فإن كانا جاهلين بالعدة أو بالتحريم ثبت النسب وانتفى الحد ووجب المهر ثم قال : « وان علم هو دونها فعليها الحد والمهر ولا نسب له ، وان علمت هي دونه فعليها الحد ولا مهر لها والنسب لاحق به ، وإنما كان كذلك لأن هذا نكاح متفق على بطلانه فأشبهه نكاح ذوات محارمه » ^(٣) . وقياساً على هذا القول يمكن أن يقال ان المسلمة اذا تزوجت بغير مسلم في دار الحرب فإن نسب الولد من هذا النكاح يلحق به لأنه يعتبر جاهلاً بالتحريم لأن دار الحرب دار جهل بالأحكام الشرعية ، أما بالنسبة لها فإنها تعتبر عالة بالتحريم لأنها من دار الاسلام ، والعلم بالأحكام الشرعية في هذه الدار مفترض في أهلها ، فعليها الحد ولا مهر لها .

-
- (١) الزواج والفرقة وآثارهما لاستاذنا محمد سلام مذكور ص ٢٠ .
 (٢) عقد الزواج وآثاره لاستاذنا الشيخ محمد أبو زهرة ص ١٩١-١٩٢ .
 (٣) المغني ج ٧ ص ٤٨٤ .

المطلب الثاني

أنكحة الذميين والمستأمنين فيما بينهم

٣٥٦ - قال الحنفية « كل نكاح صح بين المسلمين فهو صحيح بين أهل الكفر » (١) . وعلل صاحب فتح القدير هذا بقوله : « لتظافر الاعتقادين على صحته ولعموم الرسالة ، فحيث وقع من الكفار وفق الشرع العام وجب الحكم بصحته ، وبه قال الشافعي وأحمد » (٢) . ومذهب الشافعية هو كما ذكر عنهم صاحب فتح القدير ، فقد صرحوا بأن ما صح من أنكحة بين المسلمين صح بين غير المسلمين (٣) . أما الحنابلة فقد أطلقوا القول بصحة نكاح غير المسلم (٤) ، ولم يقيدهوا بما ذكره عنهم صاحب فتح القدير .

وخالف المالكية فقالوا بفساد أنكحة غير المسلمين (٥) ، ولكن قولهم

(١) الدر المختار ج ٢ ص ٥٣٠ ، المبسوط ج ٥ ص ٤٠ ، الكاساني ج ٢ ص ٣١٠ : « كل نكاح جاز بين المسلمين وهو الذي استجمع شرائط الجواز فهو جائز بين أهل الذمة » .

(٢) فتح القدير ج ٢ ص ٥٠٢ ، المبسوط ج ٥ ص ٤٠ .

(٣) متن المنهاج ومغني المحتاج ج ٣ ص ١٩٢ ، حاشية البجيرمي ج ٣ ص ٣٧٩ ، تحفة المحتاج بشرح المنهاج ج ٧ ص ٣٣٣ .

(٤) شرح منتهى الإرادات ج ٣ ص ٩٢ : باب نكاح الكافر .. وهو صحيح وحكمه كنكاح المسلمين فيما يجب به ... ودليل صحته قوله تعالى : « وامراته حمالة الحطب » وقوله تعالى : « وامرأة فرعون » فأضاف النساء اليهم ، وحقيقة الاضافة تقتضي زوجية صحيحة .

(٥) شرح الخرشي ج ٣ ص ٢٢٧ : « ان أنكحة الكفار فاسدة على المشهور ، ولا يتأتى استيفاء الشروط لأن من شروط صحة النكاح اسلام الزوج ، فقول من قال انه اذا استوفى الشروط فصحيح والا فلا ، غلط » .

وفي مواهب الجليل للحطاب ج ٢ ص ٤٧٨ : « وانكحتهم فاسدة اجتمعت الشروط أو لم تجتمع ، وهو المشهور وقيل صحيحة » . والشرح الكبير للدردير ج ٢ ص ٢٦٧ .

هذا ضعيف مردود (١) .

٣٥٧ — ولكن اذا كان النكاح فاسداً عند غير المسلمين لقوات بعض الشروط التي يشترطونها لصحته كما لو تزوجت يهودية بمسيحي أو بالعكس فهذا النكاح فاسد عندهم لاختلاف الدين بين الزوجين (٢) فهل يكون فاسداً أيضاً في نظر فقهاء المسلمين بالرغم من استيفائه شروط الصحة المقررة في الفقه الاسلامي ؟ تعرضت محكمة القاهرة الابتدائية للأحوال الشخصية لهذه المسألة في حكمها الصادر في ١٨/١١/١٩٥٦ في القضية ٥٦/١٤١٦ وخلصتها ان كاثوليكية رفعت دعواها على زوجها الأرثوذكسي تطلب فيها طلباً أصلياً الحكم ببطالان عقد زواجها به لأن قانون الأحوال الشخصية للأقباط الكاثوليك ينص على انه يقع باطلاً الزواج بين شخص كاثوليكي وشخص غير كاثوليكي . فرفضت المحكمة هذا الطلب وأسست رفضها على ان الشريعة الواجبة التطبيق هي الشريعة الاسلامية لاختلاف الزوجين ملة وان الشريعة الاسلامية تعتبر هذا الزواج صحيحاً لتوافر شروط انعقاده وشروط صحته (٣) . وهذا الحكم يتفق وما جاء في البدائع للكاساني : « ويجوز نكاح أهل الذمة بعضهم

- (١) فقد رد الحنفية على المالكية بحق ، فقالوا : « ان الله تعالى قال : وامراته حمالة الحطب . فهذه الاضافة قاضية عرفاً ولغة بالنكاح ، وقد قصها الله تعالى في كتابه مفيدة هذا المعنى . والنبي (ص) قال : ولدت من نكاح لا من سفاح . فسمى (ص) ما وجد من انكحة الجاهلية نكاحاً ، وفروز أسلم عن اختين فقال له النبي (ص) اختر احدهما ، ولو لم يكن نكاحه لهما صحيحاً لما خيره النبي (ص) ولامره بتجديد نكاحه . وابن غيلان أسلم على عشر زوجات فقال له النبي (ص) امسك أربعاً ، وقد أسلم خلق كثير على عهد رسول الله (ص) ولم ينقل قط ان أهل بيت جددوا انكحتهم . فتح القدير ج ٢ ص ٥٠٢ ، الدر المختار ورد المختار ج ٢ ص ٥٣٠ .
- (٢) احكام الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين لحلمي بطرس ص ٢١١ ، والأحوال الشخصية للطوائف غير الاسلامية من المصريين في الشريعتين المسيحية والموسوية تأليف محمد محمود نمر وألفى بقطر حبشي ص ٢١٦ وما بعدها .
- (٣) شرح مبادئ الأحوال الشخصية للطوائف غير الملية تأليف اهاب حسن اسماعيل ص ١٢١ .

لبعض وان اختلفت شرائعهم لأن الكفر كله كلمة واحدة» (١) .

إلا ان الزيدية يرون ان اختلاف الدين مانع من الزواج حتى بين غير المسلمين ، ومعنى ذلك ان هذا النكاح يكون فاسداً في حكم الفقه الاسلامي حسب الاجتهاد الزيدي ، كما هو فاسد عند غير المسلمين ، فقد جاء في شرح الأزهار في فقه الزيدية « فلا تحل الكافرة للمسلم ولا المسلمة للكافر ولا اليهودية للنصراني ولا العكس ، وكذلك كل إمراة تخالف الرجل في ملته فإنها تحرم عليه ويحرم عليها سواء كافا كافرين أم مسلماً وكافراً » (٢) .

وفحن نرى ان من السائق الأخذ برأي الزيدية ، في هذه المسألة ، عند توحيد أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين وغير المسلمين على أساس الشريعة الاسلامية في مختلف مذاهبها ، لأنه رأي إجتهادي .

٣٠٨ — ولكن اذا كان النكاح فاسداً بين المسلمين كالنكاح بلا شهود وفي العدة أو نكاح المحارم ، فهل يكون فاسداً أيضاً بين غير المسلمين ؟ واذا قلنا بفساده هل يقرون عليه أم لا ؟ واذا قلنا باقرارهم عليه فما الحكم اذا ترافعوا إلينا أو أسلموا ؟

للجواب عن هذه المسائل تتكلم عن حكم الأنكحة الفاسدة بين المسلمين اذا أجراها غير المسلمين فيما بينهم وكانت جائزة في دينهم (٣) . في حالتين :

- الحالة الأولى — حكم هذه الأنكحة قبل الترافع وقبل الاسلام .
- الحالة الثانية — حكم هذه الأنكحة بعد الترافع أو بعد الاسلام .

(١) الكاساني ج ٢ ص ٢٧٢ ، المبسوط ج ٥ ص ٤٤ .

(٢) شرح الأزهار ج ٢ ص ٢٠٨ - ٢٠٩ .

(٣) وانما قلنا اذا كانت جائزة في دينهم ، لأنها اذا لم تكن جائزة في دينهم فلا يصح في هذه الحالة اقرارهم عليها لأنها تعتبر زنى وهم لا يقرون على الزنى في دار الاسلام : شرح منتهى الارادات ج ٢ ص ٩٢ ، الفقه على المذاهب الأربعة ج ٤ ص ٢٠٠ .

الحالة الأولى

حكم الأنكحة الفاسدة قبل الترافع اليها وقبل الاسلام

٣٥٩ — ذهب الحنابلة وانشافية الى ان هذه الأنكحة تعتبر صحيحة في حقهم وان كانت فاسدة بين المسلمين ، ما داموا يعتقدون جوازها ، ويقرون عليها ولا يتعرض لهم بشأنها ^(١) . وعند المالكية يقرون على أنكحتهم وان كانت هي في ذاتها فاسدة ^(٢) .

وعند الحنفية اختلاف : فعند أبي حنيفة تعتبر صحيحة في حقهم اذا اعتقدوا جوازها ولا يتعرض لهم بشأنها . وحجته ان الحرمة في هذه الأنكحة الفاسدة ثبتت حقاً للشرع وهم لا يخاطبون بحقوقه فلا تثبت في حقهم ، ولا يمكن اثباتها حقاً للزوج لأنهم لا يعتقدون ذلك ، فتصح هذه الأنكحة في حقهم ولا يتعرض لهم بشأنها ، لأننا أمرنا بتركهم وما يدينون ، إلا نكاح غير المسلم معتدة من مسلم فإنه فاسد بالإجماع ويفرق بينهما لحق المسلم .

وعند أبي يوسف ومحمد ، الأنكحة الفاسدة في حق المسلمين فاسدة في حقهم أيضاً إلا النكاح بلا شهود ، ولا يتعرض لهم بشأنها ، رعاية لعقد الذمة ، إعراضاً لا تقريراً . وقال أبو يوسف في قوله الأخير يتعرض للذمي اذا تزوج إحدى محارمه ولو قبل المرافعة أو الاسلام . وحجة الصاحبين هي ان هذه الأنكحة الفاسدة بين المسلمين ، كالنكاح

(١) المغني ج ٦ ص ٦١٣ - ٦٣٨ ، كشاف القناع ج ٣ ص ٦٧ ، شرح منتهى الإرادات ج ٣ ص ٩٢ ، الاختيارات لابن تيمية ص ١٣٢ . « واختلف في انكحة الكفار والصواب انها صحيحة » ، فتح العزيز ج ١٠ ص ١١٠ - ١١٧ ، مغني المحتاج ج ٣ ص ١٩٦ ، تحفة المحتاج ج ٧ ص ٣٣٢ - ٣٣٥ ، شرح المنهج وحاشية البجيرمي ج ٣ ص ٣٧٩ .

(٢) المدونة الكبرى ج ٤ ص ١٦٢ ، شرح الخرشي ج ٣ ص ١٤٩ : « ولا يمنعون بالزواج من البنات والأمهات » . والزيدية يرون أن الأنكحة الفاسدة قطعاً بين المسلمين فاسدة أيضاً بين غير المسلمين ، ولا يقرون عليها كنكاح المحارم وان لم يترافعوا اليها ، وقال بعض الزيدية كالمؤيد بالله والامام يحيى بن حمزة يقرون عليها ولا نبطلها حتى يترافعوا اليها : البحر الزخار ج ٣ ص ١٤٧ .

في العدة ونكاح المحارم ، مجمع على فسادها عدا النكاح بلا شهود ،
فتلزم أهل الذمة لأنهم يلتزمون أحكامنا المجمع عليها بخلاف المختلف
فيها كالنكاح بلا شهود ، فإنه مختلف في فسادها بين فقهاء المسلمين فلا
يلزمهم لأنهم لا يلتزمون أحكامنا بجميع الاختلافات .

وحجة أبي يوسف في قوله الأخير بوجوب التعرض لهم في نكاح
المحارم هو ما روي عن عمر بن الخطاب أنه كتب إلى عماله : أن فرقوا
بين المجوس ومحارمهم . ولقول الله تعالى : « وأن أحكم بينهم بما أنزل
الله ولا تتبع أهواءهم » من دون شرط المرافعة ، وقد أنزل الله حرمة هذه
الأنكحة فيلزم الحكم بها مطلقاً . ولأن الأصل في الشريعة العموم في
حق الناس كافة إلا أنه تعذر تنفيذها في دار الحرب لعدم الولاية وأمكن
تنفيذها في دار الاسلام فلزم التنفيذ فيها ، ولأن النكاح الفاسد زنى
من وجه فلا يمكنون منه كما لا يمكنون من الزنى في دار الاسلام^(١) .

ويلاحظ هنا أن مقتضى تعليل أبي يوسف لزوم التعرض لهم بشأن
نكاح المحارم ، أن يكون الحكم عنده كذلك في جميع الأنكحة المجمع
على فسادها ، ولكنه لم يقل به إلا في نكاح المحارم . ويظهر أن السبب
هو ورود الأثر فيه دون غيره عن عمر بن الخطاب .

(١) أحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٤٣٦ ، المبسوط ج ٥ ص ٢٨ —
٣٩ ، الكاساني ج ٢ ص ٣١١ ، الهدية والعناية ج ٢ ص ٥٠٢ —
٥٠٤ ، الدر المختار ورد المختار ج ٢ ص ٥٣٣ ، شرح الكنز للعيني
ج ١ ص ١٦٣ ، شرح الكنز للزيلعي ج ٢ ص ١٧٢ ، الفتاوى
الهندية ج ١ ص ٣٣٧ ، ارشاد الأمة إلى أحكام الحكم بين أهل الذمة
للشيخ محمد بخيت ص ٢١ — ٢٢ .

ويلاحظ هنا أن ذكر الصاحبين ، أبي يوسف ومحمد ، لأهل الذمة
فقط لا يعني أن اختلاف الحنفية في حكم أنكحة الكفار يختص بالذميين
بل يشمل المستأمنين أيضاً . انظر كتاب ارشاد الأمة إلى أحكام الحكم
بين أهل الذمة للمرحوم الشيخ محمد بخيت ص ٢١ — ٢٢ . كما أن
المستأمن عند الحنفية ، يلتزم أحكام الاسلام مدة مقامه في دار
الاسلام : شرح السير الكبير ج ٣ ص ٢٢٦ ، الهداية ج ٨ ص ٤٨٨ ،
والنكاح عندهم من المعاملات : فتح القدير ج ٢ ص ٤٨٣ ، ٥٠٤ ،
شرح العناية ج ٢ ص ٤٨٣ .

٣١٠ - القول الراجح :

والقول الراجح هو صحة أنكحتهم الفاسدة بين المسلمين اذا
اعتقدوا صحتها ، ولا يتعرض لهم بشأنها •
والدليل على ذلك من وجوه :
أولاً - الدليل على صحة أنكحتهم :

إن الحنفية عندما قالوا : ان ما صح من أنكحة بين المسلمين صح
بين غير المسلمين ، وذكروا خلاف مالك وقوله بفسادها ، ردوا عليه بقوله
تعالى : « وامراته حمالة الحطب » الى آخر ما احتجوا به وقد ذكرناه
سابقاً ^(١) . وهذه الأدلة التي احتجوا بها لا تدل فقط على ان ما صح
من أنكحة بين المسلمين صح أيضاً بين غير المسلمين ، بل تدل أيضاً على
ان أنكحة غير المسلمين صحيحة في حقهم مطلقاً ولو كانت فاسدة في
حق المسلمين ، اذ من أين لنا ان نكاح أبي لهب كان على وفق النكاح
الصحيح بين المسلمين ؟ كما ان الحديث الذي فيه اسلام فيروز على
زوجتين وكاتنا أختين وان النبي (ص) أمره ان يختار احدهما ، وحديث
اسلام ابن غيلان على عشر زوجات ، وان النبي (ص) أمره أن يمسك
أربعاً منهن ، يدل هذان الحديثان على ان نكاح الجاهلية صحيح في
حقهم ، والا لأمرهما النبي (ص) بتجديد النكاح أو لسألها عن
كيفية نكاحهما •

ثانياً - والدليل على اقرارهم على أنكحتهم وعدم التعرض لهم بشأنها :

أ - ان النبي (ص) أقرّ مجوس هجر على أنكحتهم مع علمه بأنهم
يستحلون نكاح المحارم ، ولم يكتب لهم بشأنها كما كتب لهم بشأن
الربا يأمرهم ان يتركوه • وكذلك كان موقفه صلى الله عليه وسلم مع
نصارى نجران وغيرهم ممن عقد لهم الذمة ، فقد أقرهم على أنكحتهم
ولم يتعرض لهم بشأنها •

ب - ان المسلمين لما فتحوا بلاد فارس لم يتعرضوا للمجوس بل

(١) انظر هامش (١) ص ٣٥٧ من هذه الرسالة •

أقروهم على أنكحتهم • وما ذكره أبو يوسف عن عمر بن الخطاب انه كتب الى عماله أن فرقوا بين المجوس وبين امهاتهم لا يثبت ، لأنه لو ثبت لنقل إلينا عن طريق الاستفاضة لتوافر الدواعي الى نقله • فلما لم ينقل دل على انه غير صحيح • ويؤيد ما نقوله أن عمر بن عبدالعزيز كتب الى الحسن البصري : ما بال الخلفاء الراشدين تركوا أهل الذمة وما هم عليه من نكاح المحارم واقتناء الخمر والخنازير ؟ فكتب اليه الحسن البصري : انما بذلوا الجزية لتركوا وما يعتقدون ، وانما أنت متبع ولست بمتدع •

ج - الآية الكريمة « وأن احكم بينهم بما أنزل الله » قال عنها الجصاص ، من أئمة الحنفية ، انها تفيد الحكم بما أنزل الله اذا جاؤا إلينا لأن قوله تعالى : « فإن جاؤك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم » يدل على انهم يخلون وأحكامهم اذا لم يجيئوا إلينا ، إلا ان التخيير بين الحكم وعدمه نسخ بقوله تعالى : « وأن احكم بينهم بما أنزل الله » ولا دليل على نسخ شرط المجيء ، فيكون تقدير الآيتين الكريمتين : فإن جاؤك فاحكم بينهم بما أنزل الله (١) •

٣١١ - ما عليه العمل في الوقت الحاضر :

والذي عليه العمل في الوقت الحاضر ترك الذميين وما يدينون ، فلا يتعرض لهم بشأن أنكحتهم ، وهذا هو المطبق في العربية المتحدة والعراق وغيرهما من بلاد الاسلام كالعربية السعودية • لأن أنكحتهم في العربية المتحدة والعراق تنظمها شرائعهم الدينية ، وتكون الولاية للشريعة الاسلامية عند ترافعهم في بعض الأحوال كما سنبينه فيما بعد • وفي السعودية يطبق المذهب الحنبلي وهو يرى اقرارهم على أنكحتهم كما قلنا •

(١) الجصاص ج ٢ ص ٤٣٦ - ٤٣٧ ، المبسوط ج ٥ ص ٣٩ ، الكاساني ج ٢ ص ٣١١ - ٣١٢ ، حاشية الشلبي ج ٢ ص ١٧٣ •

الحالة الثانية

حكم الأنكحة الفاسدة بعد الترافع أو بعد الاسلام

٣١٢ - القاعدة عند الحنابلة والشافعية والمالكية والشيعة الامامية والزيدية ، ان الزوجين غير المسلمين اذا ترافعا أو أسلما أقرا على نكاحهما اذا كانت المرأة تحل للزوج حال المرافعة أو الاسلام ، ولا ينظر الى صيغة العقد ولا الى كفيته ولا الى توافر شروط صحته من ولي أو شهود ، فقد أسلم خلق كثير على عهد رسول الله (ص) وأقروا على أنكحتهم ولم يسألهم النبي (ص) عن كفيتهما ، فمن الأولى ان يكون الحكم هكذا اذا ترافعوا إلينا قبل الاسلام . اما اذا كانت المرأة لا تحل للزوج وقت المرافعة أو الاسلام ، كما لو كانت من محارمه ، فإنه في هذه الحالة يفرق بينهما ولا يقران على نكاحهما لحرمة المحل (١) . ولو كان للزوج أكثر من زوجة واحدة لا يجوز جمعهم كأكثر من أربع زوجات أو أختين فعليه أن يمسك من الأختين واحدة ، ومن الأكثر من أربع أربعاً ويفارق الباقيات ، سواء جرى نكاحهن بعقد واحد أو بعقود متفرقة (٢) .

ولو كان تحتها امرأة وأمها وأسلمتا معه قبل الدخول فسد نكاح الأم وثبت نكاح البنت ولزم التفريق بينه وبين الأم . وإنما اختصت الأم بفساد نكاحها لأنها تحرم عليه بمجرد العقد على ابنتها ، والبنت لا تحرم قبل الدخول بامها ، واذا كان قد دخل بهما حرمتا على التأيد : الأم لأنها أم زوجته والبنت لأنها ربيبة من زوجته التي دخل بها . وان

(١) المغني ج ٦ ص ٦١٣ ، شرح منتهى الارادات ج ٣ ص ٩٣ - ٩٤ ، كشف القناع ج ٣ ص ٦٨ ، الأم ج ٥ ص ٤٤ ، ٥٠ ، ٥١ ، المذهب ج ٢ ص ٥٤ - ٥٥ ، تحفة المحتاج ج ٧ ص ٣٣٠ وما بعدها ، فتح العزيز ج ١٠ ص ١٠٥ ، المدونة الكبرى ج ٤ ص ١٦١ - ١٦٢ ، سفينة النجاة ج ٢ ص ٣٨٧ ، جواهر الكلام من المجلد المطبوع سنة ١٢٧٢ هـ ، البحر الزخار ج ٣ ص ١٤٧ .

(٢) المغني ج ٦ ص ٦٢٠ ، ٦٢٦ ، كشف القناع ج ٣ ص ٧٣ ، مغني المحتاج ج ٣ ص ١٩٦ ، مختصر المزني ج ٣ ص ٢٨٩ ، الأم ج ٤ ص ١٣٣ ، شرح الخروشي ج ٣ ص ٢٣٠ ، التاج والاكلیل لمختصر خليل للامام المواق ج ٢ ص ٤٨٠ ، سفينة النجاة ج ٢ ص ٣٨٧ .

كان قد دخل بالأم وحدها فكذاك الحكم ، لأن البنت تكون ربيبة مدخولا^١ بأمها ، والأم حرمت بمجرد العقد على إبتها ، وإن دخل بالبنت وحدها ثبت نكاحها وفسد نكاح أمها كما لو لم يدخل بها . ونفس هذه الأحكام تثبت في حقهم في حالة مرافعتهم قبل الاسلام^(١) .

٢١٢ - وعند الحنفية تفصيل واختلاف :

أ - إذا جرى نكاح غير المسلمين بلا شهود أو في عدة آخر غير مسلم ، والعدة لم تنقض^(٢) ، وهما يدينان ذلك ، فعند أبي حنيفة يقران على هذا النكاح . وعند زفر لا يقران عليه . وأبو يوسف ومحمد مع أبي حنيفة في النكاح بلا شهود ، ومع زفر في النكاح في العدة . احتج أبو حنيفة ، بأن هذا النكاح وقع صحيحاً في حقهم لأنهم يدينون ذلك ، وإذا صح النكاح فحال المرافعة أو الاسلام حال بقاء النكاح ، والشهود شرط ابتدائه لا بقاءه . وكذلك العدة لا تمنع بقاء النكاح ، ألا يرى أن امرأة تحت زوج لو طرأت عليها العدة من وطء بشبهة لم يمنع ما وجب من العدة بقاء النكاح .

واحتج زفر بأنهم لما التزموا بعقد الذمة أحكام الاسلام ، ومنها فساد النكاح بلا شهود ، لزم الحكم بالتفريق بينهما لفساد هذا النكاح . واحتج أبو يوسف ومحمد ، بأن هذا النكاح - النكاح بلا شهود - مختلف في فساده ، وهم لم يلتزموا أحكامنا بجميع الاختلافات ، بخلاف النكاح في العدة فإنه مجمع على فساده ، فليزعم حكمه وهو

(١) المغني ج ٦ ص ٦٢٧ - ٦٢٨ ، كشف القناع ج ٣ ص ٧٣ ، مغني المحتاج ج ٣ ص ١٩٥ - ١٩٦ شرح منهج الطلاب ج ٣ ص ٣٨١ . وعند المالكية إذا أسلم غير المسلم وكان تحت أم وبنت ولم يمسهما فإن له أن يمسهما إبتها شاء ويفارق الأخرى وإن مس أحدهما مسك التي مس وفارق الأخرى ، وإن مس الاثنتين فارقهما جميعاً : المدونة الكبرى ج ٤ ص ١٦٠ ، شرح الخرشي ج ٣ ص ٢٣١ ، المواق ج ٢ ص ٤٨٠ .

(٢) العدة مدة حددها الشرع لانقضاء ما بقي من آثار النكاح ، والغرض منها التأكد من براءة الرحم دفعاً لاختلاط المياه والانساب . وسيأتي الكلام عنها فيما بعد .

وجوب التفريق بينهما ^(١) .

ويلاحظ هنا أمران :-

الأول - ان فقهاء الحنفية قالوا ان الاختلاف بين أبي حنيفة وأصحابه في النكاح في العدة إنما هو اذا كانت العدة لم تنقض وقت الترافع أو الاسلام ، اما لو كانت منقضية فإنهم يقرون عليه بالاجماع ^(٢) . فقولهم بالإجماع فيه نظر ، اذ كيف يكون هذا الاجماع ، والنكاح في العدة وقع فاسداً في رأي الصاحبين وزفر ، ومقتضى قولهم بالفساد ان يحكم بفساده عند الترافع أو الاسلام ولو بعد انقضاء العدة ، لأن الفساد لا يرتفع بالترافع بل يتأكد .

الثاني - ان قول أبي حنيفة في صحة أنكحتهم في العدة مبني على اعتقادهم ، فإذا اعتقدوا وجوب العدة فينبغي أن يكون قوله كقول الصاحبين فيحكم بالتفريق بينهما عند المرافعة أو الاسلام ، وقد أشار ابن عابدين الى هذا فقال : « ... ان نفي أبي حنيفة العدة هنا إنما هو فيما اذا كانوا يعتقدون عدمها ، ومقتضاه اذا كانوا يعتقدون وجوبها ان لا يصح ويجب التجديد - أي تجديد النكاح - بعد الاسلام » ^(٣) . وحيث ان غير المسلمين في العربية المتحدة من يهود ومسيحيين يعتقدون وجوب العدة كما سنذكر فيما بعد ، فينبغي أن يكون قول أبي حنيفة كقول الصاحبين .

ب - واذا كان الفساد لحرمة المحل كنكاح المحارم ، فلا خلاف بين أبي حنيفة وأصحابه في لزوم التفريق بين الزوجين . وهذا ظاهر على قول أصحابه ، لأنهم يرون فساد هذه الأنكحة للاجماع على فسادها ،

(١) المبسوط ج ٥ ص ٣٨ - ٤٠ ، الهداية والعناية وشرح القدير ج ٢ ص ٥٠٢ - ٥٠٣ ، شرح الكنز للزيلعي ج ٢ ص ١٧١ - ١٧٢ .

(٢) الدر المختار ورد المختار ج ٢ ص ٥٣٣ ، الهداية وشرح العناية وفتح القدير ج ٢ ص ٥٠٣ ، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ج ١ ص ٣٧٠ ، شرح الكنز للعيني ج ١ ص ١٦٣ .

(٣) رد المختار لابن عابدين ، مطبعة بولاق ، الطبعة الاولى سنة ١٣١٥ هـ ج ٢ ص ٥٠٢ .

وبالمرافعة أو الاسلام يجب التعرض لها • واما على رأي أبي حنيفة ، فهذه الأنكحة وان كان لها حكم الصحة فيما بينهم ، إلا أن حرمة المحل تنافي بقاء النكاح كما تنافي ابتداءه فيلزم التفريق لهذا السبب (١) •

ج — ولو كان غير المسلم تزوج خمس نسوة (٢) فأكثر بعقد واحد ، أو أختين (٣) بعقد واحد ، ثم اسلموا ، فالتفريق واجب • ولو كان ذلك بعقود متفرقة لصح في الأخت الأولى وفي الأربع الأوائل ، وهذا على رأي أبي حنيفة وأبي يوسف • وقال محمد يختار من الخمس أربعة ومن الأختين واحدة سواء عقد عليهن بعقد واحد أو بعقود متفرقة (٤) • والحكم نفسه اذا ترافعا إلينا قبل الاسلام (٥) •

د — واذا كان تحت امرأة وأما (٦) ، فإن كان تزوجهما بعقد واحد فالنكاح باطل ، وان كان بعقدين فنكاح الأولى جائز والثانية باطل وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف • وقال محمد نكاح البنت هو الجائز دون الأم سواء تزوجهما بعقد واحد أو بعقدين ، لأن مجرد العقد على الأم لا يحرم البنت • وهذا كله اذا لم يكن قد دخل بواحدة منهما ، فإن دخل بإحدهما ثم تزوج الثانية فنكاحها باطل لأن الدخول محرم سواء أكان بالأم أو بالبنت ، وان دخل بالثانية فقط فإن كانت الأم بطل نكاحها

(١) ابن عابدين ج ٢ ص ٥٣١ — ٥٣٢ ، الهداية وفتح القدير ج ٢ ص ٥٠٤ ، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ج ١ ص ٣٧٠ ، شرح الكنز للعيني ج ١ ص ١٦٣ ، حاشية الشلبي ج ٢ ص ١٧٢ •

(٢) الصائبة في العراق يدينون بتعدد الزوجات بأكثر من أربع : الصابئون في حاضرهم وماضيهم للاستاذ عبدالرزاق الحسني ص ١٠٤ • والمجوس في إيران الآن يعتقدون أباحة التعدد الى غير حد : من رسالة خطية للشيخ محمد الخالسي موجهة الي بتاريخ ١٧ ذي القعدة ١٣٨٠ هـ •

(٣) لم أقف على طائفة تبيح ، في الوقت الحاضر ، الجمع بين الأختين •

(٤) الكاساني ج ٢ ص ٢١٤ •

(٥) الدر المختار ورد المختار ج ٢ ص ٥٣٢ •

(٦) نكاح الأم والبنت وسائر المحارم جائز عند المجوس حتى في الوقت الحاضر ، في إيران والهند : من رسالة الشيخ محمد الخالسي الخطية السالفة الذكر •

— ٣٦٧ —

جميعاً اتفاقاً لأن نكاح البنت يحرم الأم ، والدخول بالأم يحرم البنت ، وإن كانت البنت فكذلك عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال محمد نكاح البنت هو الجائز ونكاح الأم هو الباطل ^(١) .

٢١٤ - القول الراجح :

هذه أقوال الفقهاء وهي - بصورة عامة - متقاربة فيما بينها . والراجح منها قول الحنابلة ومن وافقهم ، أما أقوال الآخرين المخالفة لبعض ما قالوه فهي أقوال مرجوحة ، من ذلك ما قاله الإمام زفر في النكاح بلا شهود ، وقول أبي حنيفة في بطلان نكاح الخمس والاختين إذا كان النكاح بعقد واحد ، لما ذكرنا من اسلام فيروز على أختين واسلام ابن غيلان على عشر زوجات ولم يسألها النبي صلى الله عليه وسلم عن كيفية نكاحهما وهل جرى بعقد واحد أو عقود متفرقة .

ما عليه العمل الآن :

٣١٥ - في العربية المتحدة ، تخضع أنكحة الذميين ، من يهود ومسيحيين ، لشرائعهم الدينية ، وقد تخضع لشرعة الاسلام اذا اختلفوا في الطائفة أو الملة فيطبق المذهب الحنفي كما سنذكره فيما بعد .

وأحكام ديانة المسيحيين المعمول بها فيما بينهم ، تعتبر الشهود وخلو المرأة من العدة وعدم حرمة المحل كنكاح المحارم ، من شروط صحة النكاح وانعقاده . واشتراط الشهود مأخوذ به في جميع المذاهب المسيحية لأن العلانية في النكاح من أركان انعقاده ، وأول صور العلانية ما ذهبوا اليه جميعاً من ضرورة عقد النكاح بحضرة كاهن وشهود ^(٢) . والعدة مانع من صحة النكاح فقد نصت المادة « ٢٥٠ » من قواعد الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس ^(٣) على أن : « ليس للمرأة التي

(١) الكاساني ج ٢ ص ٣١٥ ، الدر المختار ورد المختار ج ٢ ص ٥٤٥ - ٥٤٦ .

(٢) حلمي بطرس ص ٢٥٠ ، نمر وحبشي ص ٢٤٣ - ٢٤٤ .

(٣) وهذه الأحكام أقرها المجمع المقدس والمجلس الملي العام للأقباط الأرثوذكس : المجموعة الشاملة في قوانين الأحوال الشخصية وضع محمد حلمي عبدالمطي الطبعة الأولى سنة ١٩٥٦ ص ١٣٧ .

مات زوجها أو فسخ زواجها ان تعقد زواجا ثانياً إلا بعد انقضاء مدة عشرة أشهر ميلادية كاملة من تاريخ الوفاة أو الفسخ وينقضي هذا الميعاد اذا وضعت المرأة بعد وفاة زوجها أو بعد فسخ النكاح . وقد نصت أيضاً لائحة الزواج والطلاق للأرمن الأرثوذكس على وجوب العدة واعتبارها من مواعيق انعقاد الزواج^(١) . على ان اغفل الكنائس الأخرى لمانع العدة وعدم النص عليه لا يحول دون الأخذ به كمانع من مواعيق انعقاد الزواج باعتبار ان العدة متعلقة بالنظام العام^(٢) .

ونكاح المحارم من النسب باطل فقد نصت المادة « ٢٠ » من قواعد الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس : « تمنع القرابة من الزواج : بالأصول وان علوا والفروع وان سفلوا . بالأخوة والأخوات ونسلهم . بالأعمام والعلمات والأخوال والخالات دون نسلهم » . وباقي المذاهب المسيحية تتفق في تحريم النكاح بالأصول والفروع ، أما في قرابة الحواشي ، فالأقباط الأرثوذكس يحرمون الزواج بالأخوة والأخوات ونسلهم كما قلنا ، وفي قرابة فروع الجدين يحرمون النكاح حتى الدرجة الثالثة . أما بقية الكنائس فلا تفرق بين الحواشي وبين فروع الجدين وإنما تجعل التحريم حتى الدرجة الخامسة أو السادسة^(٣) .

وأما المحرمية بسبب الرضاع فقد كان مأخوذ بها في الكنائس الأرثوذكسية المصرية والأرمنية السورية ، وقد اتخذت في هذا الشأن قاعدة الشريعة الإسلامية ، إلا ان قواعد الأحوال الشخصية الحديثة لهذه الكنائس لم تشر الى الرضاع كمانع من مواعيق الزواج ، مما يفهم منه عدول هذه الكنائس عن هذا المانع^(٤) .

وتعدد الزوجات ممنوع عند جميع المذاهب المسيحية فلا ينعقد

(١) نمر وحبشي ص ٢٢٨ .

(٢) المرجع السابق ص ٢٢٨ .

(٣) حلمي بطرس ص ٢٢٩ - ٢٣٢ .

(٤) حلمي بطرس ص ٢٣٥ - ٢٣٦ .

— ٣٦٩ —

نكاح الزوجة الثانية مع قيام الزوجية الأولى (١) .

٣١٦ — وعند الاسرائيليين ، يشترط لانعقاد الزواج حضور

الشهود (٢) .

والعدة عندهم مانع من الزواج ، ففي المادة ٣٧٦ من كتاب الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية للاسرائيليين تأليف حاي بن شمعون :

« ولا يجوز العقد على المطلقة أو الأرملة قبل اهتضاء عدتها الشرعية

تسعين يوماً لا يحسب منها يوم الطلاق أو الوفاة ولا يوم العقد » .

وفي المادة ٥٠ منه « الحامل لا يجوز العقد عليها قبل الوضع » .

والقربة المحرمة مانعة من انعقاد الزواج ، كالتزوج بالأُم والبنت

وبنت البنت والأخ والعمة والخالة ... الخ (٣) .

وتعدد الزوجات جائز عند اليهود ففي كتاب ابن شمعون بعد أن

نصت المادة ١٥٤ على انه « لا ينبغي للرجل أن يكون له أكثر من زوجة

وعليه أن يحلف يميناً على هذا حين العقد وان كان لا حجر

ولا حصر في متن التوراة » نصت المادة ١٥٥ على انه « اذا كان الرجل

في سعة من العيش ويقدر أن يعدل أو كان له مسوغ شرعي جاز له

أن يتزوج » (٤) .

٣١٧ — وفي العراق تخضع أنكحة اليهود والمسيحيين لشرائعهم

الدينية ، والمسيحيون في العراق ثلاث طوائف : الكاثوليك والأرمن

(١) اهاب حسن ص ١٥٥ ، نمر وحشي ص ٢١٥ ، حلمي بطرس

ص ٢٠٩ .

(٢) المادة ٥٦ من كتاب الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية للاسرائيليين

الربانيين تأليف حاي بن شمعون . ويلاحظ ان القرائين لا وجود لهم

في العربية المتحدة : الدكتور أحمد سلامة — الأحوال الشخصية

للمصريين غير المسلمين — ص ٨٥ . والربانيون يأخذون بالتوراة وبالتمود

وهو عبارة عن فقه شريعتهم وتفسير كتاب التوراة ألفه آباؤهم قبل

الميلاد بخمسة قرون . والقراءون وهم طائفة من اليهود لا يلتزمون

الا بالتوراة : حلمي بطرس ص ٧٤ — ٧٥ .

(٣) المادة ٣٩ من كتاب ابن شمعون .

(٤) وذكر بعض الكتاب المحدثين ان الاسرائيليين حددوا التعدد بأربع

زوجات : نمر وحشي ص ١٤٢ .

الأرثوذكس والسرطان الأرثوذكس •

وعند اليهود جملة قواعد في الأحوال الشخصية ^(١) ، وقد جاء في هذه الأحكام أن عقد الزواج يجب أن يتم بحضور شاهدين وإلا كان للمحكمة أن تقضي بطلانه ^(٢) . ولا يجوز للمعتدة من طلاق أو وفاة أن تتزوج قبل انقضاء تسعين يوماً ابتداء من اليوم التالي ليوم طلاقها أو وفاة زوجها ^(٣) . ولا يصح عقد النكاح مع وجود قرابة تحریم بين الرجل والمرأة أو وجود مانع شرعي بينهما . ومن تزوج مع وجود قرابة تحریم أو مانع شرعي أجبر على الطلاق ^(٤) . ويجوز تعدد الزوجات فقد نصت المادة ٨٨ من هذه الأحكام والقواعد على أنه « في الأماكن التي يجوز فيها تعدد الزوجات يجوز للرجل أن يتزوج أكثر من واحدة إذا كان في مقدوره إيفاء واجباته الزوجية » .

وللسريان الأرثوذكس قواعد وأحكام في الأحوال الشخصية ^(٥) . وقد جاء في المادة « ١٦ » من هذه الأحكام : « يشترط لصحة العقد — أي عقد الزواج — : ٤٠٠٠ — أن تكون المرأة أكملت العدة وهي عشرة أشهر، وإن كانت حاملاً فعدتها وضع حملها ٦٠٠٠ — أن لا يكون الزوجان من ذوي القرباات التالية : « أ » الآباء وزوجاتهم والأمهات وأزواجهن وإن

(١) وهي المسماة « الأحكام والقواعد الفقهية للطائفة الموسوية » وقد أعدتها الطائفة المذكورة وأمرت وزارة العدل العراقية بنشرها والعمل بموجبها بالنسبة لأفراد الطائفة الموسوية استناداً إلى المادة ١٩ من قانون تنظيم المحاكم الدينية للطوائف المسيحية والموسوية رقم (٣٢) لسنة ١٩٤٧ . ونشرت في الجريدة الرسمية العراقية المرقمة ٢٦٩٨ والمؤرخة في ١٩٤٩/١/٣١ .

(٢) المادة الثانية من الأحكام والقواعد الفقهية للطائفة الموسوية .

(٣) المادة ٣٧ من الأحكام السالفة الذكر .

(٤) المادة ٣٨ من الأحكام السابقة .

(٥) وتسمى هذه الأحكام « الأحكام والقواعد الفقهية لطائفة السريان الأرثوذكس » وقد أعدتها الطائفة المذكورة ، وأمرت وزارة العدل العراقية بنشرها والعمل بموجبها استناداً إلى المادة (١٩) من قانون تنظيم المحاكم الدينية للطوائف المسيحية والموسوية رقم (٣٢) لسنة ١٩٤٧ . ونشرت في الجريدة الرسمية العراقية المرقمة ٢٨٥٥ والمؤرخة في ١٩٥٠/٧/٦ .

— ٣٧١ —

علوا • «ب» الأبناء وزوجاتهم وإن سفلوا والبنات وأزواجهن وإن سفلوا •
«ج» أفراد الدرجة الثالثة مطلقاً وهم الأخوة وزوجاتهم والأخوات
وأزواجهن ، ويضاف إليهم أولاد الأخوة وأولاد الأخوات وإن سفلوا •
«د» أصحاب الدرجة الرابعة مطلقاً • «و» الأخوة بالرضاعة ولا تعتبر
إلا إذا توالى الرضاعة سنتين متواليين •

والصائبون ، وهم طائفة في العراق ، يبيحون الزواج بأكثر من
أربع زوجات ، ويحرمون الزواج بالمحارم ، وهن المحرمات في الشريعة
الاسلامية ، ويشترطون لصحة النكاح ان لا تكون المرأة معتدة ولم
تنقض عدتها ، والعدة عندهم ثلاثة أشهر ، ويشترطون العلانية في
الزواج وجوب حضور رجل ديني من طائفتهم وجمع من أهل
الزوجين (١) •

٣١٨ — ومن هذا كله يتبين لنا ان معظم شروط انعقاد النكاح عند
غير المسلمين ، من يهود ومسيحيين وصائبين تنفق مع أحكام الشريعة
الاسلامية ، ولهذا فإن ما قرره الفقهاء المسلمون من وجوب التفريق
بين الزوجين غير المسلمين عند الترافع أو الاسلام بسبب حرمة المحل ،
كما لو كانت الزوجة من محارم الزوج ، يتفق والمعمول به في الوقت
الحاضر عند غير المسلمين من يهود ومسيحيين •

لِمَبْحَثِ الثَّانِي

المهر بالنسبة للذميين والمستأمنين

تمهيد :

٣١٩ — المهر هو المال الذي يجب على الزوج في عقد النكاح في
مقابل منافع البضع أما بالتسمية أو بالعقد (٢) • وهو واجب لقوله
تعالى : « وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محسنين غير
مسافحين » فقيدهم الاحلال به (٣) •

(١) الصائبون في حاضرهم وماضيهم ص ١٠٤ وما بعدها •

(٢) شرح العناية ج ٢ ص ٤٣٤ •

(٣) فتح القدير ج ٢ ص ٤٣٤ •

— ٣٧٢ —

والمهر وان كان واجباً على الزوج فإنه شرع على أنه منحة لازمة مقررة ، قال تعالى « وآتوا النساء صدقاتهن نحلة » أي عطاء وذلك لظهار شرف العقد ولتكريم المرأة (١) .

والواجب في النكاح هو المهر المسمى ، فإذا لم يسم المهر في عقد النكاح أو سمي وكانت التسمية فاسدة سواء كان فساد التسمية آتياً من جهة كون المسمى ليس بمال أصلاً كالدم المسفوح أو من جهة كونه ليس بمال متقوم في حق المسلمين كالخمر والخنزير ، أو من جهة جهالة نوعه كما لو تزوجها على ثوب ، ففي هذه الأحوال يجب مهر المثل ان طلقها بعد الدخول أو مات أحدهما ، أما لو طلقها قبل الدخول فلها المتعة (٢) . وإنما وجب مهر المثل عند عدم تسمية المهر أو عند فساد التسمية ، لأن الواجب الأصلي في النكاح هو مهر المثل وإنما قام مقامه المهر المسمى بالتراضي ، فإذا لم يسم أو سمي وكان فاسداً ، كان مهر المثل هو الواجب لعدم وجود ما يقوم مقامه بتراضيهما (٣) .

منهج البحث : الذميون والمستأمنون ، أما أن يسموا المهر في عقود أفكحتهم ، وأما أن لا يسموه ، ولذلك سنتكلم عن هاتين الحالتين في مطلبين متتاليين ، ثم نتكلم عن المعمول به في الوقت الحاضر في مطلب على حدة .

المطلب الأول

المهر المسمى

تمهيد :

٣٣٠ — إذا عقد الذمي أو المستأمن النكاح على مهر مسمى فلا يخلو

- (١) الفقه الاسلامي في الزواج والفرقة وآثارهما لاستاذنا محمد سلام مذكور ص ٨٤ .
- (٢) الهداية وفتح القدير ج ٢ ص ٤٤٠ ، ٤٦٤ ، الدر المختار ورد المختار ج ٢ ص ٤٦٠ .
- (٣) رد المختار ج ٢ ص ٤٥٢ .

— ٣٧٣ —

الحال : اما أن يكون المسمى صحيحاً عند المسلمين واما أن يكون فاسداً •
وفساده قد يكون لأنه مال غير متقوم عند المسلمين كالخمر والخنزير ،
أو لكونه ليس بمال أصلاً كالميتة أو لجهالته جهالة فاحشة ونحو ذلك
ولكل حالة حكم يخصها كما يلي :

أولاً - اذا كان المسمى صحيحاً

٣٧١ - اذا كان المسمى مما يصلح أن يكون مهراً عند المسلمين
كأن يتزوجها على مائة درهم ، ففي هذه الحالة التسمية صحيحة والمهر
لازم ، وبهذا قال الحنابلة والشافعية ، وهو مذهب الحنفية أيضاً فقد
قالوا : « ما صلح مهراً في نكاح المسلمين فإنه يصلح مهراً في نكاح
أهل الذمة لا شك فيه ، لأنه لما جاز نكاحنا عليه كان نكاحهم عليه
أجوز » (١) ، ويلاحظ ان ذكر أهل الذمة فقط فيما قلناه عن بعض
أئمة الحنفية لا يعني ان ما قالوه لا يشمل المستأمن ، لأن المستأمن
كالذمي في المعاملات ، بل وصرح الامام ابن عابدين بأن المستأمن في
المهر كالذمي (٢) • ويبدو أنه لا خلاف في هذا بين الفقهاء لأن المهر
صحيح في حق المسلمين فيكون كذلك في حق غيرهم •

ثانياً - اذا كان المسمى فاسداً لكونه غير متقوم في حق المسلمين

٣٧٢ - الخمر والخنزير غير متقومان في حق المسلمين ، فلا يصلحان
أن يكونا مهراً في أنكحتهم ، لأن الشرط في المهر ان يكون مالاً
متقوماً (٣) • فاذا جرى النكاح على خمر أو خنزير فسدت التسمية
ووجب مهر المثل (٤) • أما بالنسبة لغير المسلمين ففيه تفصيل ، لأنهم اذا

(١) شرح منتهى الإرادات ج ٣ ص ٩٢ ، ٩٤ - ٩٥ وكشاف القناع في
باب النكاح الكفار ج ٣ ص ٦٩ ، الأم ج ٥ ص ٤٢ ، الكاساني ج ٢
ص ٣١٣ •

(٢) الدر المختار ورد المختار ج ٢ ص ٥٠٦ •

(٣) شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية للإباني ج ١ ص
١٠٥ - ١٠٦ وإيضاً فان الخمر والخنزير محرمان فلا يصلحان مهراً
في حق المسلمين : المغني ج ٦ ص ٦٨٧ •

(٤) شرح الكنز للعيني ج ١ ص ١٥٦ •

عقدوا النكاح على خمر أو خنزير : فاما أن تقبضهما المرأة قبل أن يترافعا
إليها أو قبل أن يسلما أو أحدهما ، واما أن المرأة لم تقبضهما قبل المرافعة
أو قبل الاسلام ، ولنتكلم عن هاتين الحالتين :-
الحالة الأولى :

إذا كان المهر خمرأ أو خنزيراً وقبضتهما المرأة ثم أسلمتا أو
أحدهما ، فليس للمرأة إلا ما قبضته ، وبرئت ذمة الزوج منه كما لو
تبايعا بيعاً فاسداً وتقابضا ، وهذا مذهب الشافعية والحنابلة والحنفية
والشيعة والامامية والخوارج الاباضية والزيدية ، ويعلل الحنفية ذلك
بأن القبض وقع قبل الاسلام ، والاسلام اذا ورد والحرام مقبوض فإنه
يلاقيه بالعمول لأن الملك قد ثبت على سبيل الكمال بالعقد ، والقبض تم
في حال الكفر فلا يثبت بعد الاسلام ملك وانما يوجد دوام الملك ،
والاسلام لا ينافيه كسسلم تخمر عصيره لا يؤمر بإبطال ملكه فيه ،
ويؤيد هذا ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ، لما دخل مكة ،
أبطل الربا غير المقبوض ولم يتعرض لما قبض بالفسخ ، وقال تعالى
« يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقي من الربا إن كنتم مؤمنين »
أمر سبحانه وتعالى بترك ما بقي من الربا ، والأمر بترك ما بقي من الربا
هو النهي عن قبضه .

وهذا الحكم الذي ذكرناه في حالة اسلامهما ، يكون نفسه اذا
ترافعا إليها قبل اسلامهما ، وكانت المرأة قد قبضت الخمر أو الخنزير ،
وبهذا صرح الحنابلة والشافعية . ويبدو أنه قول الآخرين أيضاً ، لأنه
إذا صح قبض الخمر والخنزير من قبل المرأة قبل الاسلام على وجه
لا يطالب الزوج بشيء بعد الاسلام ، فأولى أن يكون الحكم كذلك
إذا ترافعا إليها قبل اسلامهما (١) .

(١) الأم ج ٥ ص ٥٠ ، المهلب ج ٢ ص ٥٩ ، فتح العزيز ج ١٠ ص
١١٢ شرح منتهى الإرادات ج ٣ ص ٩٥ ، كشاف القناع ج ٣ ص
٦٩ ، المحرر ج ٢ ص ٢٧ ، سفينة النجاة ج ٢ ص ٤٠٦ ، الكاساني
ج ٢ ص ٣١٣ - ٣١٤ ، شرح النيل ج ٣ ص ١٩١ . شرح الازهار
ج ٢ ص ٢٦٧ .

— ٣٧٥ —

ومذهب المالكية ، اذا قبضت المرأة الخمر والخنزير قبل أن يسلمها
فليس لها إلا ما قبضته وهما على نكاحهما ان كان ذلك بعد الدخول ،
وان كان قبل الدخول وكانت قد قبضت الصداق المحرم فلها مهر المثل
أيضاً ان أراد الزوج إبقاء النكاح بينهما ، فإن أبى وقعت الفرقة
بينهما (١) . أما اذا ترافعا بشأن المهر قبل الاسلام ، فيبدو ، أن ليس
للرأة إلا ما قبضته .

الحالة الثانية :

اذا كان المهر « من خمر أو خنزير » غير مقبوض قبل الاسلام أو
قبل المرافعة :-

عند الشافعية والزيدية والحنابلة ، ليس للمرأة المهر المسمى وإنما
لها مهر المثل لأنه لا يمكن اجبار الزوج على تسليم الخمر والخنزير
لانها محرمان . وان كانت الزوجة قبضت بعض المهر برئت ذمة الزوج
بمقدار ما قبضت ووجب عليه من مهر المثل بنسبة ما بقي من المهر ،
فلو كان المهر عشرة أزقاق خمر فقبضت منها الزوجة نصفها ، وجب على
الزوج نصف مهر المثل (٢) .

وعند المالكية لها من المثل اذا أسلمها ولم تقبض المرأة المهر ، إلا

(١) المدونة الكبرى ج ٤ ص ١٤٧ ، شرح الخرشي ج ٣ ص ٢٢٩ -
٢٣٠ المواق ج ٢ ص ٤٧٩ .

(٢) شرح منتهى الارادات في باب نكاح الكفار ج ٣ ص ٩٥ ، كشاف
القناع ج ٣ ص ٦٩ ، المحرر ج ٢ ص ٢٧ - ٢٨ ، الام للشافعي
ج ٥ ص ٥٠ ، ١٩١ ، المهذب ج ٢ ص ٥٩ : فان تزوج كافر بكافرة
على محرم كالخمر والخنزير ثم أسلمها أو تحاكما إلينا قبل الاسلام ،
نظرنا : فان كان قبل القبض سقط المسمى ووجب مهر المثل لأنه
لا يمكن اجباره على تسليم المحرم . . . وان قبض البعض برئت
ذمته من المقبوض ووجب بقدر ما بقي من مهر المثل . . . الخ . فتح
العزیز ج ١ ص ١١٢ . ويلاحظ هنا أن مهر المثل إنما يجب اذا
أسلمها أو أحدهما بعد الدخول ، أما اذا وقعت الفرقة قبل الدخول
باسلام الزوج فلها نصف مهر المثل ، ولا شيء لها ان كانت الفرقة
قبل الدخول بسبب اسلامها : متن المنهاج ومغني المحتاج ج ٣
ص ١٩٤ - ١٩٥ . شرح الازهار ج ٢ ص ٢٦٧ .

أنه اذا كان الاسلام بعد الدخول فلها مهر المثل والنكاح على حاله ،
وان كان قبل الدخول فلها مهر المثل أيضاً ان أراد الزوج ابقاء النكاح
فإن لم يعطها مهر المثل فرق بينهما (١) .

أما في حالة المرافعة قبل الاسلام ، فيبدو ان للمرأة مهر المثل أيضاً
عند المالكية قياساً على ما قالوه في حالة اسلام الزوجين .
ومذهب الشيعة الامامية اذا أسلم الزوجان أو أحدهما قبل القبض
فلها القيمة ، وهو قول الخوارج الاباضية أيضاً (٢) .

ومذهب الحنفية ، اذا كان النكاح على خمر أو خنزير معينين ثم
أسلما أو أسلم أحدهما قبل القبض ، فعند أبي حنيفة ليس للمرأة إلا
الخمر والخنزير المعينين ، وان كانا غير معينين بأن كانا في الذمة فللمرأة
في الخمر القيمة ، وفي الخنزير مهر المثل . وقال أبو يوسف لها مهر
المثل سواء كان الخمر والخنزير معينين أو غير معينين . وقال محمد لها
القيمة في الحالتين (٣) .

أما اذا تحاكما الينا في حال كفرهما ، والخمر والخنزير غير
مقبوضين ، فالظاهر من مذهب الحنفية وجوب الحكم للزوجة بالمهر
المسمى من خمر وخنزير ان كان بعد الدخول ، ونصفه ان طلقها قبل
الدخول ، وذلك لأنهم قالوا ان الخمر والخنزير مالان متقومان في حقهم

(١) المدونة الكبرى ج ٤ ص ١٤٧ ، شرح الخرشي ج ٣ ص ٢٢٩ - ٢٣٠
المواق ج ٢ ص ٤٧٩ .

(٢) المختصر النافع ص ٢١٢ ، شرح النيل ج ٣ ص ١٩٢ ، ويبدو
ان الحكم في حالة المرافعة قبل الاسلام كالحكم في حالة الاسلام ، اي
يحكم للزوجة بالقيمة ، قياساً على ما قالوه في حالة اسلام الزوجين .

(٣) الهداية ج ٢ ص ٤٨٤ ، ويراجع في بيان ما احتج به أبو حنيفة
وصاحبا: الكاساني ج ٢ ص ٣١٣ - ٣١٤ ، الزيلعي ج ٢ ص ١٦٠ ،
الهداية وفتح القدير ج ٢ ص ٤٨٤ - ٤٨٥ ، الدر المختار ورد المحتار
ج ٢ ص ٥٠٧ .

بمنزلة الخل والشاة في حق المسلمين ، وانه يجوز أن يكون مهرأ لهم ^(١) فمقتضى هذا القول ان المرأة تستحق المهر المسمى بعد المرافعة في حال كفرهما ، اذ لا معنى لاعتبارهما متقومين في حقهم وأنه يصح أن يكونا مهرأ في أنكحتهم ، اذا لم يحكم بهما قضاء .

ثالثاً - اذا كان المسمى فاسداً لكونه ليس بمال ، كالميتة

٣٢٣ - اذا كان فساد المهر المسمى متأثراً من كونه ليس بمال أصلاً ، كما لو جرى النكاح على ميتة حتف أنفها وكان ذلك في دينهم جائزاً ولم يدينوا بمهر المثل في هذه الحالة ، ودخل بها الزوج أو طلقها قبل الدخول أو مات عنها ، فليس للمرأة شيء ولو أسلما أو أحدهما أو ترافعا إلينا قبل الاسلام ، وهذا قول أبي حنيفة . أما على قول أبي يوسف ومحمد وزفر ، فلها مهر المثل ان دخل بها أو مات أحدهما ، والمتعة ان طلقها قبل الدخول ^(٢) . وسأذكر أدلة الطرفين عند الكلام على حالة عدم تسمية المهر في المطلب الثاني ان شاء الله تعالى ، لأن الحنفية قالوا ان ذكر الميتة كالكسوت عن المهر ، لأن الميتة ليست بمال عندهم ولا عند أحد فكان ذكرها لغواً ، وكذا ذكر كل ما ليس بمال كالدلم ^(٣) .

وعند الحنابلة والشافعية ، اذا كان المهر ميتة فهو مهر فاسد ، وحكمه حكم المهر اذا كان خمرأ أو خنزيراً ، لأن الكل من المهور المحرمة الفاسدة ، وعلى هذا اذا قبضت الميتة حال الكفر فليس لها إلا ما قبضته ، وان لم تقبض الميتة ثم ترافعا أو أسلما أو أحدهما فلها مهر المثل ^(٤) .

- (١) الكاساني ج ٢ ص ٣١٣ ، الفناوى الهندية ج ١ ص ٣٢٧ ، البسوط ج ٥ ص ٤١ : واذا تزوج الدمي ذمية على خمر أو خنزير بعينه أو بغير عينه فهو جائز ولا مهر لها غير ما سمي ، لأن شرط صحة التسمية كون المسمى مالاً متقوماً ، والخمر والخنزير مال متقوم في حقهم بمنزلة الخل والشاة في حقنا .
- (٢) الهداية وفتح القدير ج ٢ ص ٤٨٣ ، الدر المختار ج ٢ ص ٥٠٦ .
- (٣) فتح القدير ج ٢ ص ٤٨٤ .
- (٤) المهذب ج ٢ ص ٥٩ ، الأم ج ٥ ص ٥٠ ، شرح منتهى الإرادات ج ٣ ص ٩٥ ، المغني ج ٦ ص ٦٣٥ .

— ٣٧٨ —

رابعاً - اذا كان المهر فاسداً لجهالته

٣٧٤ - اذا كان المهر فاسداً لجهالته ، ثم ترافعا إلينا بشأته فالظاهر ان الواجب في هذه الحالة هو مهر المثل كما هو الحال بالنسبة للمسلمين ، فالحنابلة مثلاً قالوا في نكاح الكفار : ان حكمه حكم نكاح المسلمين فيما يجب به من وقوع الطلاق ووجوب المهر وغير ذلك ^(١) . وبمثل قول الحنابلة قال الحنفية ^(٢) . والشافعية يوجبون مهر المثل في نكاح الكفار اذا كان المهر فاسداً لكونه محرماً كالخمر والخنزير ، فمقتضى هذا القول وجوب مهر المثل اذا كان المسمى فاسداً لجهالته ، بجامع عدم امكان تسليم المهر في الحالتين ، وأيضاً فقد قال الشافعية ، اذا جرى نكاح الكافر على ان لا مهر لزوجته ، فالحكم في هذه الحالة كالحكم على المسلمين أي يجب مهر المثل كما سنذكره في المطلب الثاني ، وعليه فيلزم أن يكون الواجب مهر المثل اذا كان المسمى فاسداً لجهالته ، لأن فساد المهر لجهالته لا يكون أشد من اشتراط عدمه .

المطلب الثاني

المهر غير المسمى

٣٧٥ - وعدم تسمية المهر ، اما أن تكون بنفيه أو بالسكوت عنه ، ومثل السكوت النكاح على ميتة حتف أنفها ، لأنها ليست بمال عندهم ولا عند أحد كما قال الحنفية ، فكان ذكرها لغوا وكذا ذكر كل ما ليس بمال أصلاً كالدّم ، فإذا جرى النكاح بينهم على نفي المهر أو السكوت عنه

(١) شرح منتهى الإرادات ج ٣ ص ٩٢ ، المغني ج ٦ ص ٦٣٧ .
(٢) الدر المختار ج ٢ ص ٥٠٦ : نكح ذمي أو مستأمن ذمية وثبتت بقية أحكام النكاح في حقهم كالمسلمين من وجوب النفقة في النكاح ووقوع الطلاق ونحوهما

وكان هذا جائزاً في دينهم ولا يدينون بمهر المثل في هذه الحالة ، فليس للمرأة شيء ولو أسلما أو أسلم أحدهما أو ترافعا إلينا قبل الاسلام ، سواء دخل بها أو لم يدخل ، طلقها أو مات عنها ، وهذا عند أبي حنيفة . وعند أبي يوسف ومحمد وزفر لها مهر المثل ان دخل بها أو مات أحدهما ، ولها المتعة ان طلقها قبل الدخول . وحجة أبي حنيفة هي ان أهل الذمة لا يلتزمون أحكامنا في الديانات ولا فيما يعتقدون خلافه في المعاملات كبيع الخمر والخنزير ، والنكاح بلا مهر جائز في ديانتهم ، ونحن أمرنا بتركهم وما يدينون الا فيما وقع الاستثناء عليه من عقودهم كالربا ، والنكاح بلا مهر لم يقع عليه الاستثناء فيكون جائزاً في حقهم في حكم الاسلام ، واذا منعنا من التعرض لهم فيما يدينون به قبل أن يسلموا إلا ما استثنى ، فبعد الاسلام أو المرافعة حال بقاء النكاح ، والمهر ليس شرطاً لبقائه ، ولا يجب للمرأة شيء لأنه لم يجب بالعقد شيء وقت صدوره حتى يطالب به بعد المرافعة أو الاسلام ، ولا يمكن وجوبه بعد المرافعة أو الاسلام بلا موجب .

وحجة الصاحبين وزفر هي أن الذميين التزموا أحكامنا فيما يرجع الى المعاملات كما التزموا الامتناع عن الزنى والربا ، وولاية الالزام متحققة لأنهم في دار الاسلام ، ولهذا ننهاهم عن الربا ونعاقبهم على الزنى ، فيجب اذن مهر المثل في حقهم كما يجب في حق المسلمين ، لأن من أحكامنا عدم جواز النكاح من غير مال ^(١) .

وعند الزيدية والحنابلة ، اذا لم يسم الكافر لزوجته مهراً ، أو فكحها على ان لا مهر لها ، فلها مهر المثل ، لأنه نكاح خلا عن تسمية

(١) الهداية وشرح العناية وفتح القدير ج ٢ ص ٤٨٣ — ٤٨٤ ، الدر المختار ورد المختار ج ٢ ص ٥٠٦ ، المرحوم الشيخ محمد بخيت ارشاد الامة الى احكام الحكم بين أهل الذمة ص ٢٢ .

— ٣٨٠ —

فوجب فيه مهر المثل كالمسلمة (١) .

وعند الشافعية اذا جرى النكاح على أن لا مهر لها ، فالحكم في هذه الحالة كالحكم على المسلمين (٢) ، وحكم المسلمين عندهم ، هو أن لها مهر المثل على أحد القولين في مذهبهم ، وعلى القول الآخر لا يجب لها المهر بالعقد وإنما يفرض لها ما يتفقان عليه ، فإن لم يفرض لها لعدم اتفاقهما وطلقها بعد الدخول فلها مهر المثل ، وإن طلقها قبل الدخول وقبل الفرض فليس لها من مهر المثل شيء (٣) .

المطلب الثالث

ما عليه العمل في الوقت الحاضر

٣٢٦ — في الجمهورية العربية المتحدة ، لا يعتبر المهر عند المسيحيين ركناً من أركان الزواج ولا شرطاً من شروطه (٤) . فقد جاء في المادة « ٦٩ » من قواعد الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس : « ليس المهر من أركان

(١) شرح منتهى الإرادات في باب نكاح الكفار ج ٣ ص ٩٥ - ٩٦ ، كشف القناع ج ٣ ص ٦٩ ، المغني ج ٦ ص ٦٣٦ ، المحرر ج ٢ ص ٢٧ . شرح الأزهار ج ٢ ص ٢٦٧ وما بعدها .

(٢) شرح البجيرمي ج ٣ ص ٤١٤ « لو تكع ذمي ذمية على أن لا مهر لها وترافعا ألينا فنحكم بينهما بحكم المسلمين » . ويلاحظ أن ذكر الذمي في هذا القول الذي نقلناه عن شرح البجيرمي ، لا يعني أن المستأمن يختلف عن الذمي في الحكم ، إذ الواقع أن المستأمن كالذمي ، فقد جاء في كتاب الأم للشافعي ج ٥ ص ١٩٠ - ١٩١ : « وإذا اختلعت المرأة الذمية من زوجها . . . وهكذا أهل الحرب إن رضوا بحكمنا ، لا يخالفون الذميين في شيء ، إلا أنا لا نحكم على الحربيين حتى يجتمعا على الرضا ، ونحكم على الذميين إذا جاء أحدهما . . . فهما في جميع الأحكام كالمسلمين لا يختلف الحكم عليهم وعلى المسلمين إلا فيما وصفت مما مضى في الشرك ولا يرد في الإسلام » .

(٣) المهذب ج ٢ ص ٦٤ .

(٤) نمر وجبشي ص ٢٤٨ .

الزواج ، فكما يجوز أن يكون بمهر يجوز أن يكون بغير مهر » .
والظاهر ان الزواج اذا انعقد بلا مهر فإن الزوجة لا تستحق مهر المثل .
وعند اليهود « على الزوج أن يلتزم في عقد الزواج بالمهر لزوجه
ولو لم يأخذ منها شيئاً » ^(١) . ويبدو ان عقد الزواج يصح عند اليهود
ولو بدون ذكر المهر ، وإنما يجب في هذه الحالة للزوجة المهر الشرعي ،
فقد نصت المادة « ٩٩ » من كتاب ابن شمعون على ان « المهر الشرعي
للبركر مائتا مجبوب أو سبعة وثلاثون درهماً فضة نقية ، ولغير البركر
النصف ، غنية كانت الزوجة أو فقيرة » . فهذا المهر ، كما يبدو ، هو
الحد الأدنى الذي تستحقه الزوجة اذا لم ينص في عقد الزواج على
مقدار أكثر منه .

وأحكام المهر عند اليهود والمسيحيين تسري على مهورهم اذا اتفقوا
في الطائفة والملة ، كما سنبينه فيما بعد . أما إذا اختلفوا في الطائفة أو
الملة فإن الشريعة الاسلامية ، حسب المذهب الحنفي ، هي التي تطبق ،
وأحكام هذا المذهب مرت في المطلبين السابقين .

وفي العراق ، يعتبر المهر من جملة المسائل التي تخضع للأحكام
الدينية للمسيحيين واليهود ، كما سنذكره فيما بعد . ومن هذه الأحكام
المقننة عند السريان الأرثوذكس : « ليس الصداق بشرط لعقد الزواج ،
وقلته مستحسنة » ^(٢) ، وعند اليهود : « وفقاً للعادة المتبعة في القطر
العراقي يضاف الى الصداق عند تحرير عقد النكاح زيادة بنسبة
الثلث » ^(٣) .

ويجري الصابئون في العراق على ذكر المهر في عقد النكاح ، ويقول
شيوخهم إن المهر ليس من أحكام دياتهم وإنما أخذه من المسلمين
بحكم المجاورة لهم والعيش معهم ^(٤) .

(١) المادة « ٩٨ » من كتاب ابن شمعون .
(٢) المادة « ٢٧ » من الأحكام والقواعد الفقهية لطائفة السريان الارثوذكس .
(٣) المادة « ١٥ » من الاحكام والقواعد الفقهية للطائفة الموسوية في العراق .
(٤) الصابئون في حاضرم وماضيهم ص ١٠٧ - ١٠٨ .

الفصل الثاني

فرق النكاح

٣٢٧ - الفرق جمع مفردة فرقة • وهو اسم من الافتراق ضد الاجتماع • وفرق النكاح ما تحل به عقده فينقطع بها ما بين الزوجين من علاقة زوجية (١) •

وتتكلم في أبحاث متتالية عن فرق النكاح بالطلاق أو بغيره •

المبحث الأول

الفرقة بالطلاق

تمهيد :

٣٢٨ - الطلاق في الشرع رفع قيد النكاح بالفاظ مخصوصة (٢) • وهو نوعان : رجعي وبائن • والرجعي يكون في المدخول بها ، ويملك فيه الزوج رجعتها من غير اختيارها ما دامت في العدة بلا خلاف • اما الطلاق البائن فنوعان : بائن بينونة صغرى ، وهو الذي يكون بالطلقة الواحدة البائنة أو بالطقتين البائنتين ، وبائن بينونة كبرى ، وهو الذي يكون بالطلقات الثلاث • وحكم البائن بينونة صغرى أنه ينقص عدد الطلقات ويزيل الملك لا الحل ، فللزوج أن يردّها بعقد جديد ومهر جديد ، ويشترط رضا الزوجة بذلك لزوال الملك • واما البائن بينونة

(١) محاضرات عن فرق الزواج في المذاهب الإسلامية لاستاذنا الجليل علي الخفيف ص ١ •

(٢) شرح العناية على الهداية ج ٣ ص ٢٠ ، فتح القدير ج ٣ ص ٢١ ، الدر المختار ورد المحتار ج ٢ ص ٥٧٠ •

— ٣٨٣ —

كبرى فإنه يزيل الملك والحل ، فلا يستطيع الزوج ارجاعها إلا اذا نكحت زوجاً غيره ووقعت الفرقة بينها وبين هذا الزوج ، فعند ذلك يجوز لزوجها الأول نكاحها بعقد جديد ومهر جديد (١) .

٣٢٩ - طلاق الذمي والمستامن :

عند المالكية والظاهرية لا يقع طلاق غير المسلم . واحتج المالكية بأن الشرط لصحة الطلاق ان يكون المطلق مسلماً (٢) ، لأن أنكحة غير المسلمين فاسدة ، والطلاق إنما يقع في النكاح الصحيح لا الفاسد ، فلا عبرة بطلاقهم (٣) . قال مالك : « وطلاق أهل الشرك ليس بطلاق » (٤) . واحتج الظاهرية بأن الشرع لم ينص على وقوع طلاق غير المسلم ، فلا يقع (٥) .

وعند الحنابلة والشافعية والحنفية والزيدية والاباضية يقع طلاق غير المسلم . والحجة لهذا القول هي أن الطلاق لا يشترط لوقوعه أن يكون المطلق مسلماً ، لأن الكفر لا ينافي أهلية الطلاق ، ولأن أنكحتهم تعتبر صحيحة فتتعلق بها أحكام النكاح الصحيح ، كأنكحة المسلمين ، ومن هذه الأحكام وقوع الطلاق (٦) .

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ٥٠ ، الكاساني ج ٣ ص ١٨٣ ، ١٨٧ ، الابياني ج ١ ص ٣٢٠ .

(٢) القوانين الفقهية لابن جزي ص ١٦٧ ، كتاب البهجة شرح التحفة للامام التسولي المالك ج ١ ص ٣٣٩ : « فلا يصح ولا يلزم طلاق الكافر » .

(٣) شرح الخرشي ج ٣ ص ٢٢٨ .

(٤) المدونة الكبرى ج ٤ ص ١٦٢ .

(٥) المحلى ج ١٠ ص ٢٠١ .

(٦) المغني ج ٦ ص ٦٣٧ - ٦٣٨ ، وج ٧ منه ص ٣٣٨ ، كشف القناع ج ٣ ص ٦٧ - ٦٨ ، ١٤٠ ، شرح منتهى الإرادات ج ٣ ص ٩٢ - ٩٤ ، الأم للشافعي ج ٤ ص ١٣١ ، وج ٥ ص ٤٤ ، ٤٩ ، وما بعدها ، مختصر المزني ج ٣ ص ٢٩٣ ، مغني المحتاج ج ٣ ص ٢٧٩ ، الكاساني ج ٣ ص ١٠٠ ، الدر المختار ج ٢ ص ٥٠٦ ، ٥٣٣ ، ٥٧٩ ، المبسوط ج ٥ ص ٤٢ ، فتح القدير ج ٢ ص ٥٠٤ ، ٥٠٥ ، البحر الزخار ج ٣ ص ١٦٥ ، شرح النيل ج ٣ ص ٥٥٤ .

— ٣٨٤ —

والراجع من القولين القول الثاني لما استدل به أصحابه .
أما القول الأول فضعيف ، لأن المالكية بنوه على فساد أنكحتهم ، وقد قلنا إنها صحيحة في حقهم . والظاهرية بنوه على عدم ورود نص من الشارع بوقوع طلاق غير المسلم ، ولكن يرد على قولهم هذا بأن نصوص الشريعة الإسلامية في الطلاق جاءت عامة غير مقيدة بالمسلم فلا يصح قصرها عليه .

٣٣٠ - ما عليه العمل الآن :

في العربية المتحدة ، كانت المحاكم الشرعية ، قبل الغائها ، تأخذ بوقوع طلاق الذمي كلما عرض عليها الأمر بأن كان الزوج مختلفاً مع زوجته في الطائفة أو الملة ، ولها أحكام كثيرة في ذلك . منها ما جاء في حكم لمحكمة مصر الابتدائية : « ان طلاق الذمي يقع ويترتب عليه أثره شرعاً ^(١) » . وفي حكم آخر لها : « تقضي الشريعة الإسلامية بوقوع الطلاق من الذمي لزوجته بنحو قوله أنت طالق ^(٢) » . وفي حكم لمحكمة القاهرة الابتدائية الشرعية : « طلاق الذمي صحيح طبقاً للنصوص الشرعية » ^(٣) .

وبعد إلغاء المحاكم الشرعية والمجالس المليية بالقانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٥٥ ظل الحال كما كان عليه في السابق ، أي أن طلاق الذمي يقع اذا كان مختلفاً مع زوجته في الطائفة أو الملة ، لأن المادة السادسة من القانون المذكور نصت على وجوب العمل بالمادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية القاضية باتباع الرأى من المذهب الحنفي والأحكام الفقهية المقننة ، بالنسبة لغير المسلمين عند اختلافهم في الطائفة أو الملة مع مراعاة الفقرة الأخيرة من المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والتي نصها : « ولا تسمع دعوى الطلاق من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر

- (١) مجلة المحاماة الشرعية لسنة ٤٠ - ٤١ ص ٥٦ وما بعدها .
- (٢) مجلة المحاماة الشرعية لسنة ٤٢ - ٤٣ ص ١٦ وما بعدها .
- (٣) مجلة المحاماة الشرعية لسنة السادسة والعشرين ص ١٢٧ وما بعدها .

إلا اذا كانا يدينان بوقوع الطلاق » . والطائفة التي لا تدين بالطلاق هي طائفة الروم الكاثوليك وطائفة اللاتين الكاثوليك كما جاء في منشور وزارة العدل في ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٣١ الى المحاكم آنذاك (١) .

وعلى هذا الأساس صدرت أحكام من المحاكم المدنية ، بعد إلغاء المحاكم الشرعية ، بوقوع طلاق الذمي المختلف مع زوجته في الطائفة أو الملة ولم يكن أحدهما من طائفة الكاثوليك (٢) .

واذا اتحد الزوجان في الطائفة والملة فإن شريعتهم الدينية هي التي تحكم الطلاق ، وحكم هذه الشريعة يختلف باختلاف الأحوال :

فعند الكاثوليك لا يجوز الطلاق لأي سبب كان ، فقد جاء في المادة ١٠٧ من الإرادة الرسولية للكاثوليك بشأن الزواج : « الزواج الصحيح المقرر المكتمل لا يمكن حله بسلطان بشري أيًا كان ولأي سبب كان ما خلا الموت » . فالطلاق أو التطلق لا يجوز عند الكاثوليك وإنما الذي عندهم هو التفريق الجثماني مع بقاء الرابطة الزوجية ، عند وجود سببه كزنى أحد الزوجين ، أو تغيير أحدهما ديانته أو مذهبه الكاثوليكي ، أو في حالة سلوك أحد الزوجين سلوكًا مشينًا ، أو تعريض أحد الزوجين نفس الزوج الآخر أو جسده للخطر (٣) .

وغير الكاثوليك ، كالأقباط الأرثوذكس والانجيليين ، البروتستانت ، وإن كانوا لا يقرون بالطلاق بوصفه مشينًا لأحد الزوجين أو كليهما ، إلا أنهم يأخذون بمبدأ التطلق بحكم من المحكمة عند وجود الأسباب المبررة له . إلا أن هذه الطوائف تختلف في مدى هذه الأسباب ، فعند البروتستانت لا يجوز التطلق إلا بسبب الزنى ، أو الخروج من المسيحية . والأرثوذكس يضيفون إلى السببين السابقين أسبابًا أخرى

(١) الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين وللأجانب للدكتور أحمد

سلامة ص ٣٦٣ ، وأهاب حسن ص ١٢٠ .

(٢) الدكتور أحمد سلامة في كتابه الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين ص ٣٦٥ - ٣٦٦ ، ٣٧٠ .

(٣) نمرٌ وحبشي ص ٢٩١ ، أهاب حسن ص ٢٤٦ - ٢٤٩ .

تختلف باختلاف الكنائس الأرثوذكسية . ويرجع هذا الاختلاف في الغالب الى العادات المحلية (١) . ومن الأسباب المبررة للتطليق عند الأقباط الأرثوذكس زنى أحد الزوجين ، أو إصابته ببعض الأمراض كالجنون ، أو غيبته خمس سنوات متوالية وصدور حكم بإثبات غيبته ، أو الحكم عليه بعقوبة مقيدة للحرية لمدة سبع سنوات فأكثر ، أو اعتداء أحد الزوجين على حياة الآخر ... الخ (٢) .

أما عند اليهود ، فالطلاق مباح وهو حق للزوج ، فقد جاء في المادة ٣٢٤ من كتاب ابن شمعون : « الطلاق في يد الرجل » . وفي المادة ٣٢٥ منه : « قبول المرأة الطلاق ليس شرطاً » . وللرأفة ان تطلب الطلاق عند وجود المسوغ الشرعي ، كما لو أصيب الزوج بمرض لا يمكن معه بقاء الحياة الزوجية ، أو في حالة عقم الزوج المحقق ، أو امتناعه عن مباشرتها ، أو زناه ، أو إضراره بها بالضرب بدون مسوغ شرعي ، أو عند تكدر المعيشة بسبب سوء أخلاق الزوج (٣) .

٣٣١ - وفي العراق يخضع الذميون ، اليهود والمسيحيون ، في طلاقهم ، لأحكام شرائعهم الدينية . وعلى أساس هذه الأحكام يجوز عند اليهود وقوع الطلاق ، فقد جاء في الأحكام والقواعد الفقهية للطائفة الموسوية « حقوق الزوجة على زوجها بموجب عقد النكاح تعتبر ديناً لها بذمته لا يستحق الأداء إلا عند الطلاق أو الوفاة » (٤) وظاهر هذا النص وأمثاله ان الطلاق يقع بإرادة الزوج ، وهذا ما عليه العمل عند اليهود في العراق . وفي بعض حالات الطلاق تسقط حقوق الزوجة عند الطلاق ، من ذلك ما نصت عليه أحكامهم وقواعدهم الفقهية فقد جاء في المادة ١٧٩ : « على الزوج ان ينذر زوجته بحضور شهود عند مخالفتها للأدب بأنها اذا عادت سقطت حقوقها عند الطلاق » . وللرأفة أن تطلب

(١) حلمي بطرس ص ١٣٢ - ١٣٣ .

(٢) اهاب حسن ص ١٧٣ وما بعدها ، نمرّ وجبشي ص ٣٢٩ - ٣٣٠ .

(٣) اهاب حسن ص ٢٨٠ - ٢٨١ ، نمرّ وجبشي ص ٣٦٣ وما بعدها .

(٤) المادة ١٢٨ ، وانظر أيضاً المواد ١٣٩ - ١٤١ .

الحكم لها بالطلاق اذا اعتنق زوجها ديانة أخرى ^(١) ، أو ثبت زناه ^(٢) ، أو اعتاد مخاصمتها وطردها من بيته ^(٣) .

وعند المسيحيين ، لا يقع الطلاق بإرادة الزوج وإنما يجوز التطبيق بحكم من المحكمة بناء على بعض الأسباب ، وهذا عند غير الكاثوليك ، فقد جاء في المادة الثلاثين من الأحكام والقواعد الفقهية لطائفة السريان الارذوكس : « لا يتم فسخ عقد الزواج إلا بحكم المحكمة المختصة بناءً على الأسباب الآتية بعد طلب أحد الزوجين : ١ - اذا كانت الزوجة قد انتحلت صفة البكارة وظهر بعد الدخول بها أنها ثيب بشهادة طبية مصدقة رسمياً • ٢ - اذا زنت متعمدة غير مغسوبة وكانت سنه تزيد على أربع عشرة • ٣ - اذا سكرت ولهت مع رجال غرباء بدون علم زوجها ولم تنته رغم ارشاد كاهن الابرشية أكثر من ثلاث مرات • وعندئذ يحكم بالتفريق بين الزوجين سنة كاملة • فإن استمرت على خطئها مدة التفريق ولم تنته حكمت المحكمة بفسخ الزواج • ٤ - خروج أحد الزوجين عن الدين المسيحي واشتهار أمره بذلك • وفي هذه الحالة يمهل الخارج مدة معقولة تفرضها المحكمة لغرض رجوعه ، فإذا انقطع الأمل من عودته فلقرينه طلب الفسخ • ٥ - للبطريرك أن يصدر بياناً يضيف فيه أسباباً أخرى غير المتقدمة أو أن يلغي منها ما لا يراه مناسباً وفقاً للشرع الكنسي » •

والصابئة في العراق يرون كراهة الطلاق ، ويبيح رؤسائهم لأفراد

(١) نصت المادة ١٢٩ من الأحكام والقواعد الفقهية للطائفة الموسوية على ان الزوج « اذا اعتنق ديانة أخرى حق لها عليه الطلاق واستيفاء صداقها ، وفي هذه الحالة لها أن تطلب الحكم بصداقها حتى قبل الطلاق .

(٢) نصت المادة ١٦٤ من الأحكام والقواعد الفقهية السابقة على ان الزوجة « اذا ادعت انه اعتاد الزنى وشهد شاهدان بأنهما راوه مع زانيات أو اعترف هو بذلك حكم عليه بطلاقها » •

(٣) نصت المادة ١٦٥ من الأحكام والقواعد الفقهية السابقة على ان الزوج « اذا اعتاد ان يخاصمها ويطردها من بيته عدلاً ناشراً وحكم عليه بطلاقها » •

طائفهم إيقاع الطلاق في المحاكم الشرعية الاسلامية ، ويمنعون إيقاعه امامهم (١) .

٣٣٢ - ما نقرحه في مسألة طلاق غير المسلم :

عرضنا أقوال الفقهاء في مسألة طلاق غير المسلم وذكرنا قول المالكية والظاهرية بعدم وقوع طلاقه ورجحنا قول الجمهور بوقوعه . ولكن هذا الترجيح لا يمنعنا من القول بجواز الأخذ بقول المالكية والظاهرية عند توحيد أحكام الأحوال الشخصية في الجمهورية العربية المتحدة على أن يقصر قولهم ، بعدم وقوع طلاق غير المسلم ، على المسيحيين فقط (٢) . لأن وحدة الأحكام في مسائل الأحوال الشخصية أمر تقتضيه مصلحة الدولة لا سيما بعد توحيد جهات القضاء . ولكن نشترط لهذا التوحيد أن يكون على أساس الشريعة الاسلامية بمختلف مذاهبها لا على أساس المذهب الحنفي فقط ، وعلى أن لا يمس هذا التوحيد نصوص الشريعة القطعية . وحيث أن قول الظاهرية والمالكية رأي اجتهادي سائغ من حيث الجملة فلا مانع من الأخذ به بالنسبة للمسيحيين دون غيرهم . بل نستطيع أن نقول أن هذا الرأي يتفق حتى مع المذهب الحنفي ، فإن هذا المذهب يتسع للقول بعدم وقوع طلاق غير المسلم الذي لا يدين بوقوعه بإرادته المنفردة . يدل على ذلك ما جاء في المبسوط : « وإذا طلق الذمي امرأته ثلاثاً ثم أقام عليها ، فرافعته الى السلطان فرق بينهما لأنهم يعتقدون أن الطلاق مزيل للملك وإن كانوا لا يعتقدونه محصور العدد » (٣) . وفي البدائع للكاساني « ولو طلق

(١) الصابئون في حاضرهم وماضيهم ص ١٠٥ .

(٢) أو يبقى منطوق الفقرة الأخيرة من المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، وهي « ولا تسمع دعوى الطلاق من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر إلا إذا كانا يدينان بوقوع الطلاق » على أن يكون المقصود من عبارة « يدينان بوقوع الطلاق » إيقاعه بمحض إرادة الزوج ، فيكون حكم هذه الفقرة شاملاً للمسيحيين دون اليهود ، لأن المسيحيين جميعاً لا يدينون بوقوع الطلاق بمحض إرادة الزوج .

(٣) المبسوط ج ٥ ص ٢٤١ .

الذمي إمرأته ثلاثاً أو خالها ثم قام عليها كقيامه عليها قبل الطلاق يفرق بينهما لأن العقد قد بطل بالطلقات الثلاث وبالخلع لأنه يدين بذلك»^(١) .
ومن هذا نعلم أن قول الحنفية بوقوع طلاق الذمي بني على أساس أنه يدين به . ومعنى ذلك أن الذمي إذا لم يعتقد الطلاق مزبلاً للملك وقاطعاً للرابطة الزوجية فإنه لا يقع . ومما يؤيد قولنا هذا أن الإمام ابن عابدين ذكر عبارة : « لأن الطلقات الثلاث قاطعة للملك النكاح في الأديان كلها » وعزاها إلى البحر وقال تعليقا عليها : « قلت لكن المشهور الآن من اعتقاد أهل الذمة أنه لا طلاق عندهم ولعله مما غيره من شرائعهم »^(٢) . فهذا التعليق من ابن عابدين يشعر بأن وقوع طلاق الذمي عند الحنفية بني على أساس أنهم يدينون به ، وحيث أن المسيحيين لا يدينون بوقوع الطلاق بإرادة الزوج المنفردة فيقتضي ذلك عدم وقوع طلاقهم لأنهم لا يدينون بوقوعه بمحض إرادة الزوج .
والخلاصة فاني لا أرى مانعا من النص على عدم وقوع طلاق المسيحي عند إرادة توحيد أحكام الأحوال الشخصية لجميع المواطنين في العربية المتحدة على أساس الشريعة الإسلامية بمختلف مذاهبها .

المبحث الثاني

الفرقة بالخلع

تمهيد :

٣٣٣ — الطلاق في نظير عوض هو ما يعرف باسم الخلع عند كثير

-
- (١) أكاساني ج ٢ ص ٣١٢ .
(٢) الدر المختار ورد المحتار ، طبعة بولاق الثالثة سنة ١٣٢٣ هـ ج ٢ ص ٣٩٧ .

من الفقهاء والسلف (١) . وقد عرفه الحنفية بأنه إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبول الزوجة بلفظ الخلع أو ما في معناه (٢) .

والأصل فيه الكتاب والسنة . ففي كتاب الله قوله تعالى : « ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله ، فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما اقتدت به . . . » (٣) . وفي السنة ، ثبت في الحديث الصحيح أن النبي (ص) أمر بالمخالعة بين ثابت بن قيس وزوجته (٤) . فإذا تم الخلع بين الزوجين وقع به تطليقه بآئنة عند الحنفية ولزم الزوجة المال المتفق عليه ، لما روي عن النبي (ص) أنه قال : « الخلع تطليقة بآئنة » . وعند الحنابلة روايتان ، في أحدهما أنه فسخ ، وفي الثانية أنه طلاق بآئنة ، وهو قول مالك والاوزاعي والثوري (٥) . أما الشافعية فقد قالوا : إذا خالعت الزوج زوجته ولم ينو بالخلع طلاقاً فإن الواقع به فسخ ، على قول الشافعي في القديم ، وطلاق على قوله الثاني وهو اختيار المزني (٦) .

واختلف الفقهاء في اشتراط العوض في الخلع : فذهب الحنفية ، في رواية ، والمالكية الى أنه ليس بشرط . وعند الحنابلة روايتان . ويرى الشافعية والشيعة الجعفرية والزيدية والظاهرية أن الخلع لا يكون بغير عوض (٧) .

وبما أن الخلع فيه إزالة ملك النكاح ، فيشترط فيه ما يشترط في الطلاق وهو أهلية الزوج لإيقاع الطلاق وهو أن يكون الزوج بالغا عاقلاً وأن تكون المرأة محلاً لإيقاع الطلاق بأن يكون النكاح قائماً بينهما (٨) .

(١) محاضرات عن فرق الزواج في المذاهب الإسلامية لاستاذنا الشيخ علي الخفيف ص ١٣٢ .

(٢) الدر المختار ج ٢ ص ٧٦٦ - ٧٦٧ .

(٣) سورة البقرة ج ٢ ، الآية ٢٢٩ .

(٤) فرق الزواج ، المرجع المتقدم ، ص ١٣٤ - ١٣٦ .

(٥) الهداية ج ٣ ص ١٩٩ ، المغني ج ٧ ص ٥٦ .

(٦) المهذب ج ٢ ص ٧٦ .

(٧) فرق الزواج ، المرجع المتقدم ، ص ١٦٥ - ١٦٦ .

(٨) رد المحتار ج ٢ ص ٧٧٠ .

٣٣٤ - الخلع بالنسبة للذميين والمستامين :

مذهب الحنابلة والشافعية والزيدية والحنفية ، صحة خلع غير المسلم لأنه يملك الطلاق فيملك الخلع ، لأن من صح طلاقه صح خلع ، ولأن حكم نكاح غير المسلمين حكم نكاح المسلمين فيما يجب فيه من مهر ووقوع طلاق وخلع ونحو ذلك . فإذا كان الخلع على عوض صحيح صح الخلع والعوض ، وإذا كان العوض محرماً ، كالخمر والخنزير ، صح الخلع . أما العوض فإن تم قبضه قبل ترافعهما أو قبل إسلامهما فالقبض ماضٍ وليس للزوج إلا ما قبض . وإن لم يتم القبض قبل الترافع أو الإسلام فقد قال الشافعية لا يقضي به الحاكم ولا يأمر بإقباضه ، وللزوج عليها مهر المثل ، وهذا أحد القولين عند الحنابلة ، والقول الآخر ليس على المرأة شيء^(١) . أما الحنفية ، فاني لم أقف على قول لهم في هذه المسألة أي إذا لم يكن الزوج قد قبض الخمر والخنزير قبل الترافع أو قبل الإسلام . والظاهر لي أن مقتضى مذهب الأحناف أن الزوج يستحق عند الترافع نفس بدل الخلع من خمر أو خنزير ، لأن الأحناف قالوا إن الخمر والخنزير في حقهم كالخل والشاة في حقنا في حكم الإسلام^(٢) . أما بعد الإسلام فيقتضي أن يكون قول الحنفية هو اعطاء الزوج قيمة الخمر والخنزير لأن الخلع وقع عليهما يوم كانا غير مسلمين ، ولكن بعد الإسلام يتعذر تسليم الزوج الخمر والخنزير فيصار إلى القيمة قياساً على ما قاله الإمام محمد في المهر إذا كان خمرًا أو خنزيرًا وأسلم أن الواجب يكون قيمتهما^(٣) .

(١) شرح منتهى الإرادات ج ٣ ص ١٨٦ ، كشف القناع ج ٣ ص ٦٧ ، المغني ج ٧ ص ٨٩ - ٩٠ ، مغني المحتاج ج ٤ ص ٦٧ ، الأم ج ٥ ص ١٩٠ - ١٩١ ، البحر الرخار ج ٣ ص ١٨١ ، رد المحتار ج ٢ ص ٧٦٨ ، الفتاوى الهندية ج ١ ص ٤٨٨ ، ٤٩٤ .

(٢) و (٣) الكاساني ، ج ٢ ص ٣١٣ .

٣٣٥ - ما عليه العمل الآن :

في العربية المتحدة لا يقر المسيحيون على اختلاف مذاهبهم وقوع
الفرقة بين الزوجين عن طريق الاتفاق بينهما ، اذ ليس الاتفاق على
التطليق من أسباب التطليق عندهم . وقد نص على هذا المعنى في قواعد
الأحوال الشخصية لبعض طوائفهم . من ذلك ما جاء في المادة ٣٧ من
قواعد الأحوال الشخصية لطائفة الأرمن الأرثوذكس : « يحرم على
الزوجين أن يتفقا معاً على الطلاق ، وكل سبب يتخذ الزوجان للتحايل
على هذه القاعدة يكون مرفوضاً » . أما قواعد الأحوال الشخصية
للأقباط الأرثوذكس والروم الأرثوذكس والبروتستانت فقد اكتفت
بالنص على أن الطلاق يطلب ولا يكون إلا بحكم قضائي وبينت أسبابه
بيان حصر وليس منها اتفاق الزوجين ^(١) .

أما عند اليهود ، فقد قلنا إن الطلاق يقع عندهم بإرادة الزوج وحده
فمن البديهي جواز اتفاقهما عليه ومن ثم يجوز الخلع عندهم . وقد
حكمت محكمة القاهرة الابتدائية للأحوال الشخصية بصحة الاتفاق على
الطلاق في الشريعة الموسوية ^(٢) .

وفي العراق يخضع اليهود لأحكام دياتهم في مسائل النكاح
والفرقة ، وقد قلنا ان الطلاق جائز عندهم ونصت عليه الأحكام والقواعد
الفقهية الخاصة بهم ، وعلى هذا يجوز الاتفاق عليه من قبل الزوجين
اليهوديين . والمسيحيون يخضعون لقواعد دياتهم في مسائل الفرقة
ولم تنص قواعد السريان الأرثوذكس على الاتفاق على الفرقة كسبب
للتفريق .

(١) حلمي بطرس ص ١١٠ .

(٢) اهاب حسن ص ٢٧٨ ، ولم يذكر المؤلف رقم الحكم وتاريخه .

٣٣٦ - هل يجوز الأخذ بالخلع بموجب شرائع المسيحيين ؟

حقيقة الخلع اتفاق الزوجين على الفرقة ، وليس بدل الخلع شرطاً عند بعض الفقهاء كما قلنا ، فهل يجوز القول به بموجب شرائع المسيحيين ؟ قلنا إن الاتفاق على الفرقة غير مأخوذ به في شرائع المسيحيين ، ولكن إذا لاحظنا أسباب التطليق عند بعض طوائف المسيحيين ، كالأقباط الأرثوذكس مثلاً ، والتي نصوا عليها ، لألفيناها كلها قائمة على معنى الضرر ودفعه بالتطليق لاستحالة الاستمرار على الحياة الزوجية أو لتعذرهما ، فلماذا لا يعتبر الاتفاق بين الزوجين على الفرقة كاشفاً عن هذه الحالة القلقة التي تذكر الحياة الزوجية وتلحق الضرر بهما أو بأحدهما على الأقل ؟ الظاهر لي أن الاتفاق على الفرقة يكشف عن واقع سيء يعيش فيه الزوجان ، فينبغي إجابة طلبهما وإيقاع الفرقة بينهما على أساس دفع الضرر عنهما . وفضلاً عن ذلك فإن أسباب التطليق التي ذكرتها قواعد الأحوال الشخصية للأرثوذكس ليست نصوصاً دينية قطعية ، وإلا لما حصل الاختلاف في مداها ، وإنما هي في الحقيقة اجتهادات محضة لا ترجع إلى أصل ديني وإنما متأثرة بالعادات المحلية كما قال الاستاذ حلمي بطرس في تبرير اختلاف الكنائس الأرثوذكسية في أسباب التطليق ^(١) .

ولهذا أرى أن الأخذ بالخلع ، كسبب من أسباب وقوع الفرقة بين الزوجين ، يعتبر صحيحاً بموجب الأحكام المقررة عند الأرثوذكس . وينبغي النص عليه عند توحيد أحكام الأحوال الشخصية بالنسبة لجميع المواطنين في الجمهورية العربية المتحدة .

(١) حلمي بطرس ص ١٣٣ .

لمبحث الثالث الفرقة بالإيلاء

تمهيد :

٣٣٧ - الإيلاء في الشرع حلف الزوج على ترك قربان زوجته أربعة أشهر فصاعداً بالله ، أو بتعليق ما يستشقه عادة على قربانها ، وهذا عند الحنفية (١) .

والأصل فيه قوله تعالى : « للذين يؤولون من نسائهم تربص أربعة أشهر فإن فاءاً فإن الله غفور رحيم » وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم » (٢) .

وللإيلاء حكمان : « الأول » إذا حنث في يمينه . « الثاني » إذا بر في يمينه . أما « الأول » إذا حنث في يمينه أي فاء إلى زوجته في مدة الفیء ، وهي أربعة أشهر ، بأن وطأها ، لأن الفیء هو وطؤها ، فعليه كفارة يمين إذا كان حالفاً بالله تعالى . أما إذا كان حالفاً بغير الله تعالى كأن يكون حلفه بالشرط والجزاء ، مثل أن يقول لها إن قربتك فعلي حجة أو عتق عبد أو أنت طالق ، فعند الحنفية يلزم المحلوف به أي الجزاء المعلق كسائر الأيمان بالشروط والأجزاء . وعند الحنابلة والشافعية إذا كان الإيلاء على عتق أو طلاق فإنه يقع بنفس الوطاء ، أي موجب الحنث هنا وقوع الطلاق أو العتق لأن وقوعهما علق على صفة وقد وجدت ، وإن كان الإيلاء على صدقة أو حج ونحو ذلك من الطاعات فهو مخير بين الوفاء وبين كفارة يمين ، لأنه نذر لجأج وغضب وهذا هو حكمه (٣) .

(١) فرق الزواج ، المرجع المتقدم ، لاستاذنا الشيخ علي الخفيف ص ٢٣٢ .

(٢) سورة البقرة ج ٢ : الآيتان ٢٢٦ ، ٢٢٧ .

(٣) الكاساني ج ٣ ص ١٧٥ ، الهداية وشرح العناية ج ٣ ص ١٨٣ -

١٨٤ ، الدر المختار ورد المختار ج ٢ ص ٧٥١ - ٧٥٢ ، المغني ج ٧

ص ٣٢٤ - ٣٢٥ ، المهذب ج ٢ ص ١١٨ .

— ٣٩٥ —

أما الحكم الثاني للإيلاء ، وهو في حالة البر في يمينه وعدم فيئه ، فعند الحنفية إذا مضت مدة الإيلاء ، وهي أربعة أشهر كما أمر الله تعالى ، وقع الطلاق البائن عقوبة له جزاء على ظلمه وامتناعه من إيفاء حق زوجته في الجماع ، والطلاق هنا تطليقة بائنة واحدة . وعند الحنابلة والشافعية إذا مضت مدة التربص التي أمر الله بها ، وهي أربعة أشهر ، دون أن يفيء فإنه يخير بين الفیء اليها بالجماع وبين تطليقها ، فإن أبى طلق عليه القاضي ، وبهذا قال مالك وأبو ثور وغيرهم . والطلاق هنا ، سواء كان من المولي أو من الحاكم ، طلاق رجعي عند الشافعي وأحمد بن حنبل ، وفي رواية عن أحمد إذا طلق القاضي عليه فالطلاق بائن ^(١) .

٣٣٨ - إيلاء النكاح والمستامن -

هل يعتبر إسلام الزوج المولي من شروط صحة الإيلاء ؟ عند الحنفية تفصيل واختلاف :

فعند أبي حنيفة يشترط في الزوج المولي أهلية إيقاع الطلاق ، ومعنى هذا عدم اشتراط الإسلام لصحة الإيلاء ، فيصح الإيلاء من غير المسلم كما يصح من المسلم .

وعند أصحابين : الشرط في المولي أن يكون أهلاً للكفارة ، ومقتضى هذا ، أن يكون مسلماً ، لأن غير المسلم ليس أهلاً للكفارة عند الحنفية . إلا أن هذين القولين ليس على إطلاقهما ، فعند الحنفية جميعاً إذا كان الإيلاء بالطلاق والعتاق ، بأن قال لزوجته إن قربتك فأنت طالق أو عبدي حر ، صح هذا الإيلاء من غير المسلم بلا خلاف عند الحنفية لأن غير المسلم من أهل إيقاع الطلاق والعتاق . كما لا خلاف أيضاً عندهم في أنه إذا آلى غير المسلم بشيء من القربات كالصوم والصدقة والحج والعمرة ، بأن قال لزوجته إن قربتك فعلي صوم أو حجة

(١) الكاساني ج ٣ ص ١٧٥ - ١٧٦ ، الهداية ج ٣ ص ١٨٤ ، المهلب ج ٢ ص ١١٨ - ١١٩ ، المغني ج ٧ ص ٣١٨ - ٣١٩ ، ٣٣٠ - ٣٣١ .

ونحوهما من القربات ، أنه لا يصح إيلاؤه ولا يكون مولياً ، لأن غير المسلم ليس من أهل القرية ، فله قربان زوجته من غير شيء يلزمه . ولكن اختلف أبو حنيفة وصاحبا في صحة إيلاء غير المسلم اذا حلف بالله تعالى بأن قال لزوجته : والله لا أقربك ، فأبو حنيفة قال يصح إيلاؤه هنا ، وقال صاحبان لا يصح إيلاؤه . وحجة صاحبين أن اليمين بالله تعالى بأن قال لزوجته : والله لا أقربك . فأبو حنيفة قال يصح أبضاً ، والجامع بينهما أن اليمين بالله تعالى تنعقد موجبة للكفارة على تقدير الحنث ، وغير المسلم ليس من أهل الكفارة . وحجة أبي حنيفة ، عموم قوله تعالى : « للذين يؤلون من نسائهم ... الآية » من غير تخصيص بالمسلم ، ولأن الإيلاء بطريق الحلف بالله تعالى يمين يمنع القربان من الزوجة خوفاً من هتك حرمة اسم الله تعالى ، وغير المسلم يدين بوجوب رعاية حرمة اسم الله تعالى ، ولهذا يستحلف على الدعاوى كالمسلم ، فيصح إيلاؤه كما يصح إيلاء المسلم . واذا صح إيلاؤه بطريق الحلف بالله تعالى ثبتت أحكام الإيلاء في حقه كما ثبتت في حق المسلم ، إلا أنه لا يظهر حكم الإيلاء في حق حكم الحنث وهو الكفارة ، فإذا حنث يمينه لم تلزمه الكفارة ، لأن الكفارة عبادة وهو ليس من أهل العبادة . أما في حق حكم البر في يمينه فإن الحكم يظهر ، فإذا لم يقرب زوجته في مدة الإيلاء وقع الطلاق لأنه من أهل إيقاع الطلاق (١) .

وعند الحنابلة والشافعية يصح الإيلاء من غير المسلم لعموم قوله تعالى : « للذين يؤلون من نسائهم » ولأن من صح طلاقه صح إيلاؤه (٢) . وأما الكفارة إذا حنث ، فالظاهر أنه يكفر بالعق والإطعام قياساً على ما قالوه في كفارة الظهار بالنسبة لغير المسلم (٣) .

- (١) الكاساني ج ٣ ص ١٧٥ ، الدر المختار ورد المحتار ج ٢ ص ٧٥١ .
- (٢) كشاف القناع ج ٣ ص ٦٧ ، ٢٢٢ ، شرح منتهى الإرادات ج ٣ ص ٢٩٧ ، المغني ج ٧ ص ٣١٤ ، مغني المحتاج ج ٣ ص ٣٤٣ ، الأم ج ٤ ص ١٣٠ ، ١٨٤ ، الأم ج ٥ ص ٥٠ ، ٢٥٥ .
- (٣) كشاف القناع ج ٣ ص ٢٢٨ ، شرح منتهى الإرادات ج ٣ ص ٣٠٢ ، المهذب ج ٢ ص ١٢٨ .

— ٣٩٧ —

وعند الشيعة الامامية يجوز الإيلاء من غير المسلم اذا كان مقرأ بالله تعالى ، ولا ينافي صحة إيلائه تعذر الكفارة منه حال كفره ، لأن الكفارة منه ممكنة في الجملة بأن يسلم ويكفر ، فلم يكن كفره مانعاً من صحة إيلائه (١) .

وعند المالكية لا يصح الإيلاء من غير المسلم (٢) .

٣٣٩ - ما عليه العمل الآن :

في العربية المتحدة والعراق لا يعرف المسيحيون ولا اليهود الإيلاء كسبب من أسباب التطليق ، ولذا فهم لا يأخذون به . ولكن اذا صار الاختصاص للشرعية الاسلامية في حالة اختلاف الزوجين في الطائفة والملة ، كما هو المقرر في العربية المتحدة ، فإن إيلاء الذمي تسري عليه أحكام المذهب الحنفي .

لِبَحْثِ الرَّابِعِ

الفرقة باللعان

تمهيد :

٣٤٠ - الأصل في اللعان قوله تعالى : « والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه

(١) شرح اللمعة ج ٢ : « ويجوز الإيلاء من الكافر الذمي لامكان وقوعه من حيث يقر بالله ولا ينفيه وجوب الكفارة المتعذرة منه حال كفره لامكانها في الجملة كما تقدم في الظهار ... » وجاء في باب الظهار من شرح اللمعة ج ٢ : « ويصح الظهار من الكافر على أصح القولين ... والتمكن من التكفير بتحقيق بتقديم الاسلام لانه قادر عليه » .

(٢) الشرح الكبير للردبر وحاشية الدسوقي ج ٢ ص ٤٢٦ ، المواق ج ٤ ص ١٠٦ ، والزرقاني على مختصر خليل ج ٤ ص ١٥٠ .

— ٣٩٨ —

لمن الصادقين • والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين • ويدراً عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين • والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين • « (١) •

واللعان عند الحنفية ، شهادات مؤكدة بالإيمان يؤديها الزوجان — إذا ما قذف الزوج زوجته بالزنى ، أو نفى نسب ولدها — مقرونة باللعن منه ، وبالغضب منها (٢) • وسمي ذلك باللعان لوجود لفظ اللعن في لعان الزوج (٣) • وسبب اللعان هو قذف الزوج زوجته بالزنى ، إما بغير نفي نسب الولد كأن يقول لها : يا زانية ، أو زنيته • وإما بنفي نسب الولد كأن يقول لها : هذا الولد من الزنى ، أو هذا الولد ليس مني (٤) •

ولا بد لوجوب إجراء اللعان طلب المرأة إن كان الزوج قذفها بالزنى من دون نفي نسب الولد ، أما إذا كان القذف بنفي نسب الولد فالشرط طلبه من قبل الزوجة أو الزوج ، فإن لم يطلبه الزوجة كان للزوج أن يطلبه (٥) •

فإذا تم اللعان بين الزوجين وقعت الفرقة بينهما ، إلا أن الفقهاء اختلفوا فيما وقعت به الفرقة وفي صفة هذه الفرقة : فعند مالك تقع الفرقة إذا فرغ الزوجان من اللعان ، والفرقة عنده فسخ توجب بينهما حرمة مؤبدة (٦) • وعند الشافعية تحصل الفرقة بلعان الزوج وحده ،

- (١) سورة النور ج ١٨ : الآيات ٦ - ٩ •
- (٢) فرق الزواج ، المرجع المتقدم ، لاستاذنا الشيخ علي الخفيف ص ٢٤٩ •
- (٣) فتح القدير ج ٣ ص ٢٤٧ •
- (٤) الكاساني ج ٣ ص ٢٣٩ •
- (٥) المغني ج ٧ ص ٤٠٥ ، الام ج ٥ ص ٢٧٤ ، فتح القدير ج ٣ ص ٢٥٠ • فرق النكاح ، المرجع المتقدم ، لاستاذنا الشيخ علي الخفيف ص ٢٥٢ •
- (٦) بداية المجتهد ج ٢ ص ١٠٠ - ١٠١ • ولا يرث ولد الملائنة من الملائن ولا يرثه هو وترثه أمه : كفاية المتخصصين ص ١٢١ •

— ٣٩٩ —

بمعنى اذا أنم الزوج لعانه وقعت الفرقة • وعند الحنابلة روايتان : في احدهما لا تحصل الفرقة حتى يفرق الحاكم بينهما ، وفي الرواية الثانية تحصل الفرقة بمجرد لعانهما • والفرقة فسخ عند الشافعية والحنابلة توجب الحرمة المؤبدة ، وبهذا قال أكثر أهل العلم ^(١) • أما الحنفية ، فعندهم لا تقع الفرقة بنفس اللعان بل بتفريق القاضي اذا أبى الزوج أن يطلق بعد اللعان ، وقال الإمام زفر : تقع الفرقة بتلاعنهما • والفرقة باللعان عند أبي حنيفة ومحمد تطليقه بائة ، وثبت حرمة الزوج بينهما ما دام على حالة اللعان ، فإن كذب الزوج نفسه وجلد الحد أو لم يحد جاز النكاح بينهما • وقال أبو يوسف وزفر هي فرقة بغير طلاق ، وتوجب الحرمة المؤبدة كحرمة الرضاع ^(٢) •

٣٤١ — اللعان بين الذميين والمستأمنين :

اختلف الفقهاء في صفة المتلاعنين الذين يجري بينهما اللعان ^(٣) • والذي يهمن من اختلافهم في هذا المقام ، اختلافهم في اشتراط صفة الاسلام في الزوجين • فالجمهور منهم على عدم اشتراط الاسلام لجريان اللعان بين الزوجين • والحنفية يوجبون هذا الشرط • وعلى أساس هذا الاختلاف قام الاختلاف في جواز أو عدم جواز اللعان بين الزوجين غير المسلمين ، وفي هذه المسألة قولان :-

اولا — قول الحنفية :

اشتراط الحنفية لاجراء اللعان بين الزوجين ان يكونا مسلمين ، فلا يصح عندهم اللعان بين الزوجين غير المسلمين ، ولا بين الزوج المسلم وزوجته غير المسلمة ^(٤) •

- (١) المغني ج ٧ ص ٤١٠ - ٤١٤ ، مغني المحتاج ج ٣ ص ٣٨٠ •
- (٢) الكاساني ج ٣ ص ٢٤٥ - ٢٤٦ ، الهداية وفتح القدير ج ٣ ص ٢٥٣ - ٢٥٥ •
- (٣) يراجع في هذا البحث : الكاساني ج ٣ ص ٢٤٠ وما بعدها ، الدر المختار ورد المختار ج ٢ ص ٨٠٥ وما بعدها ، بداية المجتهد ج ٢ ص ٩٨ ، المغني ج ٧ ص ٣٩٢ وما بعدها •
- (٤) الفتاوى الخائية ج ١ ص ٥٤٨ ، الكاساني ج ٣ ص ٢٤١ ، فتح القدير ج ٣ ص ٢٤٧ ، رد المختار ج ٢ ص ٨٠٦ •

وحجة الحنفية : هي أن اللعان شهادات مؤكدة بالأيان مقرونة باللعن في حقه وبالغضب في حقها ^(١) ، فكل من كان من أهل الشهادة واليمين كان من أهل اللعان ومن لم يكن من أهلها لم يكن من أهل اللعان . وعلى هذا الأساس اشترطوا الاسلام في كل من الزوجين ، لأنه اذا كان الزوج مسلماً والزوجة غير مسلمة لم تتوافر شروط الشهادة في الزوجة ، لأن غير المسلم ليس من أهل الشهادة على المسلم وإن كان المسلم من أهل الشهادة على غير المسلم . واذا كان الزوجان غير مسلمين ، فغير المسلم وإن كان من أهل الشهادة على غير المسلم ، عند الاحناف ، كما سيأتي بيانه ، إلا أنه ليس من أهل اليمين بالله عز وجل ، لأنه ليس من أهل حكمها وهو الكفارة ، ولهذا لا يصح ، عندهم ، الظهار من غير المسلم ، فلا يصح منه اللعان ، لأن اللعان شهادات مؤكدة بالأيان ، عند الأحناف ، كما قلنا ، فلا بد من توافر شروط الشهادة واليمين في كل من الزوجين لإمكان اجراء اللعان بينهما ^(٢) .

ثانياً - قول الجمهور :

ذهب الشافعية والحنابلة والظاهرية والمالكية والشيعة الامامية والاباضية الى صحة اللعان بين الزوجين سواء أكانا مسلمين أم غير مسلمين . وعن أحمد بن حنبل رواية ، كما جاء في المغني ، بعدم صحة اللعان بين الزوجين اذا لم يكونا مسلمين ، ولكن الظاهر أن المأخوذ به في المذهب الحنبلي جواز اللعان بين الزوجين غير المسلمين لأن فقهاءهم المتأخرين ، كصاحب كشف القناع لم يذكر إلا القول بجواز اللعان

(١) فرق الزواج ، المرجع المتقدم ، لاستاذنا الشيخ علي الخفيف ص ٢٥٥ .

(٢) الكاساني ج ٣ ص ٢٤١ - ٢٤٢ .

بين الزوجين غير المسلمين (١) .

وحجة الجمهور ، عموم قوله تعالى : « والذين يرمون أزواجهم ... الآية » ، ولأن اللعان يوجب درء العقوبة الواجبة بالقذف وتقي النسب ، وغير المسلم كالمسلم في ذلك . كما انهم يرون أن اللعان ليس شهادات وإنما هو أيمان ، فكل من كان من أهل اليمين فهو من أهل اللعان سواء أكان من أهل الشهادة أم لم يكن . وحيث أن غير المسلم من أهل اليمين وتلزمه الكفارة بالحلف فإن اللعان يثبت بين الزوجين وإن كانا غير مسلمين (٢) . والدليل على أن اللعان ليس شهادات وإنما هو أيمان « أنها تتكرر من كل منهما ، والشهادة لا تتكرر - بخلاف اليمين ، فقد عهد فيه : التكرار ، والتعليظ - كما في القسامة - ، وأنها تكون من الطرفين ، والشهادة لا تكون إلا من طرف واحد ، هو المدعي . وبدليل ما جاء في بعض الروايات ، من قوله صلى الله عليه وسلم : لولا الأيمان - يريد أيمان اللعان - لكان لي ولها شأن وذلك حين ظهر الحمل الذي ولدته المقدوفة يشبه من قذفت به : وهو شريك بن

(١) الام للشافعي ج ٥ ص ٥٠ ، ٢٧٣ ، المهذب ج ٢ ص ١٣٤ ، مغني المحتاج ج ٣ ص ٣٧٨ ، المغني ج ٧ ص ٣٩٢ ، كشف القناع ج ٣ ص ٢٤٣ - ٢٤٤ ، المحلى ج ١٠ ص ١٤٣ - ١٤٤ ، بداية المجتهد ج ٢ ص ٩٨ ، الشرح الكبير للدردير ج ٢ ص ٤٥٨ ، المختصر النافع ص ٢٣٥ ، سفينة النجاة ج ٢ ص ٤٣٠ ، شرح النيل ج ٣ ص ٤٠ : « يثبت اللعان بين المشرک والمشرکة اذا تحكما البنا ، وبين المسلم وزوجته المشرکة . وبه أقول اذ الحق انهم مخاطبون بفروع الشريعة ومنها حكم اللعان » .

وبلاحظ هنا أن المالكية يشترطون لأجراء اللعان بين الدميين مراعاتهما البنا ورضاهما بحكمنا : فرق الزواج ، المرجع المتقدم ، لاستأذنا علي الخفيف . كما سنبين ذلك فيما بعد .

(٢) المغني ج ٧ ص ٣٩٣ ، المغني ج ٨ ص ٦٧٦ ، بداية المجتهد ج ٢ ص ٩٨ ، شرح اللمعة ج ٢ : « ولا يشترط ... ولا الاسلام بل يلاعن ولو كان كافراً ، وقيل لا يلاعن الكافر بناء على أنه شهادات كما يظهر من قوله تعالى : « فشهادة أحدهم » وهما ليسا من أهله . وهو ممنوع لجواز كونه أيماناً لافتقاره الى ذكر أسماء الله تعالى ، واليمين يستوى فيها المسلم والكافر .. » .

— ٤٠٢ —

سحماء • وبدليل ذكر القسم وجوابه ، وبدليل : أن الزوج يدفع بها عن نفسه حد القذف ، وأن الزوجة تدفع بها عن نفسها حد الزنى ، ولا تقبل شهادة المرء لنفسه • وبدليل أنه لا بد فيها من ذكر اسم الله تعالى ، والشهادة لا يشترط فيها ذلك • وبدليل ما يرى من التساوي بين المرأة والرجل فيها ، ولو كانت شهادة لكائن المرأة على النصف من الرجل « (١) •

وقول الجمهور هو الراجح لقوة ما استدلوا به (٢) ، فينبغي المصير اليه • فضلاً عن أن غير المسلم يحتاج الى اللعان — كحاجة المسلم — لنفي نسب من ليس ولده عنه ، ولا سبيل الى ذلك إلا باعتبار لعانه • والشريعة الاسلامية العادلة الحكيمة « لا ترفع الضرر والخرج عن فريق من المستظلمين بظلمها ، فتجعل له فرجاً ومخرجاً مما نزل به ، وتدع الفريق الآخر في الاصرار والأغلال لا فرج له ولا مخرج ولا منقذ مما نزل به » (٣) •

٢٤٢ — ما عليه العمل الآن :

في الجمهورية العربية المتحدة ، لا تعرف شرائع الذميين ، من يهود ومسيحيين ، اللعان بين الزوجين ، فلا يؤخذ به عندهم • وحتى لو انعقد الاختصاص القانوني للشريعة الاسلامية عند اختلاف الزوجين في الطائفة أو الملة فإن اللعان لا يجري بينهم ، لأن المذهب الحنفي هو الواجب التطبيق في هذه الحالة ، واسلام الزوجين شرط لاجراء اللعان

(١) فرق الزواج ، المرجع المتقدم ، لاستاذنا الشيخ علي الخفيف ص ٢٥٦ — ٢٥٧ •

(٢) فرق الزواج ص ٢٥٧ •

(٣) فرق الزواج ص ٢٥٧ •

— ٤٠٣ —

بينهما في المذهب الحنفي كما قلنا .
وكذلك الحكم في العراق بالنسبة للذمين من يهود ومسيحيين
اذ ليس في أحكامهم ، التي تطبق على أنكحتهم وما يتعلق بها ،
القول باللعان .

المبحث الخامس

الفرقة بسبب إباء الاسلام

٣٤٣ — إذا أسلم الزوجان غير المسلمين معاً وكانت الزوجة على
صفة يجوز لزوجها إبتداء نكاحها في الحال فهما على نكاحهما . وإن
لم تكن الزوجة على هذه الصفة ، أي لا يجوز لزوجها إبتداء نكاحها
بأن كان بينهما سبب من أسباب التحريم ، كأن تكون محرمة عليه
بالنسب أو الرضاع ، فرق بينهما . ولا خلاف في هذا بين أهل العلم ^(١) .
وإذا أسلم الزوج وحده ، فإن كان بين الزوجين سبب من أسباب
التحريم وقعت الفرقة بينهما بناء على ذلك السبب وهذا محل اتفاق بين
أئمة المسلمين ^(٢) . وإن لم يكن بينهما سبب من أسباب التحريم وكانت
الزوجة كنايةية فهما على نكاحهما ، لأنه يصح النكاح بينهما إبتداء
فإستدامته أولى ، ولا خلاف في هذا بين القائلين بجواز تزوج المسلم
نساء أهل الكتاب كالحنفية والشافعية والحنابلة وغيرهم ^(٣) .

- (١) بداية المجتهد ج ٢ ص ٤٠ ، المغني ج ٦ ص ٦١٣ .
- (٢) فرق الزواج ، المرجع المتقدم ، لاستاذنا الشيخ علي الخفيف ص ٣١٦ .
- (٣) المغني ج ٦ ص ٦٣٤ ، كشف القناع ج ٣ ص ٦٩ ، الهداية ج ٢
ص ٥٠٩ ، شرح الكنز للعيني ج ١ ص ١٦٤ ، الكاساني ج ٢
ص ٣٣٦ ، الام ج ٥ ص ٤٣ ، شرح منهج الطلاب ج ٣ ص ٣٧٦ ،
تحفة المحتاج ج ٧ ص ٣٢٨ ، شرح الخرشي ج ٣ ص ٢٢٧ ،
سفينة النجاة ج ٢ ص ٣٨٥ ، المحلى ج ٧ ص ٣١٢ ، شرح الروض
النضير ج ٤ ص ٦٦ ، فرق الزواج ، المرجع المتقدم ، لاستاذنا
الشيخ علي الخفيف ص ٣١٦ .

وأما إذا أسلمت الزوجة وحدها ، أو أسلم الزوج وحده وكانت زوجته كافرة من غير أهل الكتاب ، ولولا أنها من غير أهل الكتاب لجاز له نكاحها ابتداء ، فقد اختلف الفقهاء في تعجل الفرقة بينهما في هاتين الحالتين . وأذكر فيما يلي أقوال المذاهب المختلفة في هاتين الحالتين وأدلتهم ، وما يرد عليها من إعتراضات ، ثم ابين القول الراجح منها .

٣٤٤ - أولا - مذهب انطاهرية :

ينسخ النكاح ساعة إسلام أحد الزوجين ، حتى لو أسلم الآخر بعد الأول بزمان قل أو كثر فلا بقاء لعقد النكاح بينهما . وقال ابن حزم : وهذا قول قتادة والشعبي وغيرهما من فقهاء السلف ، وهو المروي عن بعض الصحابة كعمر بن الخطاب وعبدالله بن عباس ، فقد أسلمت امرأة نصرانية ، كانت تحت نصراني ، ففرق بينهما عمر بن الخطاب رضي الله عنه . وقال ابن عباس - في اليهودية أو النصرانية تسلم تحت اليهودي أو النصراني - يفرق بينهما ، الاسلام يعلو ولا يعلى عليه (١) .

والحجة لهذا القول ما يأتي :

أ - الآثار المروية عن بعض الصحابة كعمر بن الخطاب وعبدالله ابن عباس ، والتي رواها ابن حزم واحتج بها وقد ذكرناها .

ب - واحتج ابن حزم الظاهري أيضاً بقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا اذا جاءكم المؤمنات مهاجرات فامتحنوهن ، الله أعلم بإيمانهن ، فإن علمتموهن مؤمنات فلا ترجعهن الى الكفار لا هن حل لهم ولا هم يحلون لهن » ، وآتوهم ما أنفقوا ولا جناح عليكم أن تنكحوهن اذا آتيتوهن أجورهن ، ولا تمسكوا بعصم الكوافر ، واسألوا ما أنفقتهم وليسألوا ما أنفقوا ، ذلكم حكم الله يحكم بينكم والله عليم حكيم » (٢) .

(١) المحلى ج ٧ ص ٣١٢ ، ٣١٤ .

(٢) سورة المتحنة ج ٢٨ : الآية ١٠ .

فهذه الآية الكريمة أباحت للمسلمين نكاح من أسلمت وبقي زوجها كافراً ، فدل ذلك على زوال النكاح بينهما بإسلامها . كما دلت هذه الآية الكريمة على أن الذي يسلم مأمور بأن لا يمسك بعصمة كافرة بل عليه أن يفارقها ، فصح بذلك أن إسلام أحد الزوجين قاطع للنكاح حالاً^(١) .

ج - إسلام أحد الزوجين من أسباب الفرقة بينهما ، فيجب أن تقع الفرقة إذا تحقق هذا السبب دون توقف على أي شيء آخر ، كما هو الحكم في أسباب الفرق الأخرى كالرضاع والطلاق والخلع^(٢) .

٣٤٥ - ثانياً - مذهب الحنابلة والشافعية والشيعة الإمامية :

إذا كان الاسلام قبل الدخول وقعت الفرقة في الحال ، وإن كان الاسلام بعد الدخول وقعت الفرقة على انقضاء العدة : فإن أسلم الآخر قبل انقضائها فهما على نكاحهما إن كان يجوز للزوج ابتداء نكاحها ساعة اجتمع إسلامهما ، وإن لم يسلم الآخر حتى انقضت العدة وقعت الفرقة بينهما^(٣) .

وحجة القول بوقوع الفرقة في الحال ، إذا كان الاسلام قبل الدخول ، هي ما يأتي :-

أ - اختلاف الدين ينع الإقرار على النكاح ، فإذا وجد قبل الدخول تعجلت الفرقة لأن ملك النكاح غير متأكد بالدخول فينقطع بنفس الاسلام ، ولأنه إن كان الذي أسلم هو الزوج فليس له إمساك

(١) المحلى ج ٧ ص ٣١٦ .

(٢) نيل الأوطار ج ٦ ص ١٦٤ .

(٣) الأم ج ٥ ص ٣٩ - ٤١ ، الأم ج ٥ ص ٤٤ ، المهذب ج ٢ ص ٥٥ ، متن المنهاج ومفني المحتاج ج ٣ ص ١٩١ ، فتح العزيز ج ١٠ ص ١٠٢ ، وسفينة النجاة ج ٢ ص ٣٨٥ ، وشرح اللعة ج ٢ في باب نكاح الكافر ، كشف القناع ج ٣ ص ٦٩ - ٧٠ ، شرح منتهى الإرادات ج ٣ ص ٩٦ - ٩٧ . وعن أحمد بن حنبل رواية ثانية بوقوع الفرقة في الحال إذا كان الاسلام بعد الدخول : المفني ج ٦ ص ٦١٦ .

— ٤٠٦ —

كافرة لقوله تعالى : « ولا تمسكوا بعصم الكوافر » ، وإن كانت الزوجة هي التي أسلمت فلا يجوز ابقاؤها على نكاح الكافر (١) .

ب — إن الطلاق قبل الدخول يقطع النكاح في الحال ، فكذلك إسلام أحد الزوجين قبل الدخول ، لأن اختلاف الدين الطارئ على النكاح من أسباب الفرقة ، فإذا طرأ على النكاح قبل تأكده بالدخول تمجلت الفرقة كما في الطلاق (٢) .

أما حجة القول بتوقف الفرقة على انقضاء العدة ، فهي ما يأتي —

١ — روي عن ابن شبرمة (٣) ، أنه قال : كان الناس على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، يسلم الرجل قبل المرأة ، والمرأة قبل الرجل ، فأيهما أسلم قبل إقضاء عدة المرأة فهي إمرأته ، وإن أسلم بعد العدة فلا نكاح بينهما (٤) .

٢ — روى الإمام مالك عن ابن شهاب أنه بلغه أن بنت الوليد بن المغيرة كانت تحت صفوان بن أمية ، فأسلمت يوم الفتح وهرب زوجها صفوان بن أمية ولم يسلم ، فبعث إليه رسول الله صلى الله عليه وسلم أماًاً فرجع ، وشهد معركة حنين والطائف وهو كافر وإمرأته مسلمة ، ولم يفرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما حتى أسلم واستقرت عنده امرأته بذلك النكاح . قال ابن شهاب : وكان بين إسلام صفوان وبين إسلام زوجته نحو من شهر (٥) . وقال ابن شهاب : ولم يبلغنا

(١) المغني ج ٦ ص ٦١٤ ، كشف القناع ج ٣ ص ٦٩ ، شرح منتهى الارادات ج ٣ ص ٩٦ .

(٢) الكاساني ج ٢ ص ٣٣٧ .

(٣) هو عبدالله بن شبرمة فقيه كوفي ، ولد سنة ٩٢ هـ وتفقه بالشعبي ، قال عنه حماد بن زيد : ما رأيت كوفياً أفقه من ابن شبرمة . مات رحمه الله تعالى سنة ١٤٤ هـ : طبقات الفقهاء للشيرازي ص ٦٤ .

(٤) المهذب ج ٢ ص ٥٥ ، المغني ج ٦ ص ٦١٦ ، شرح منتهى الارادات ج ٣ ص ٩٧ .

(٥) نيل الأوطار ج ٦ ص ١٦٢ ، المغني ج ٦ ص ٦١٦ ، تفسير القرطبي ج ١٨ ص ٦٨ .

— ٤٠٧ —

أن امرأة هاجرت الى الله ورسوله ، وزوجها كافر مقيم بدار الكفر ،
إلا فرقت هجرتها بينها وبين زوجها إلا أن يقدم زوجها مهاجراً قبل أن
تنقضي عدتها (١) .

٣ — روى الإمام مالك أيضاً عن ابن شهاب : أن أم حكيم بنت
الحارث بن هشام كانت تحت عكرمة بن أبي جهل فأسلمت يوم الفتح
وهرب زوجها عكرمة من الاسلام حتى أتى اليمن ، فارتحلت أم حكيم
حتى قدمت عليه باليمن فدعته الى الاسلام فأسلم وقدم على رسول الله
صلى الله عليه وسلم عام الفتح وبايعه ، فثبتا على نكاحهما ذلك (٢) .

٣٤٦ — ثالثاً — مذهب المالكية :

إذا أسلمت المرأة قبل الدخول وقعت الفرقة بينهما حالاً ، وإذا
أسلمت بعد الدخول توقف الأمر على إسلامه في العدة ، فإن أسلم فيها
فهما على نكاحهما إن كانت ممن تحل له ، وإن لم يسلم حتى انقضت
العدة ، وقعت الفرقة بينهما (٣) ، ولا يعرض عليه الاسلام (٤) .

وإذا أسلم الزوج وكانت زوجته كافرة غير كتابية ، وقعت الفرقة
بينهما إذا عرض الاسلام على الزوجة فلم تسلم ، وإذا غفل عن العرض
حتى تطاول الزمن وقعت الفرقة بينهما حتى ولو أسلمت المرأة بعد

(١) شرح الموطأ للزرقاني ج ٣ ص ١٥٦ - ١٥٧ ، بدائع المنن في مسند
الشافعي والسنن ج ٢ ص ٣٤٩ - ٣٥٠ ، نيل الاوطار ج ٦
ص ١٦٢ .

(٢) المغني ج ٦ ص ٦١٦ ، شرح الموطأ للزرقاني ج ٣ ص ١٥٨ .

(٣) شرح الخرشي ج ٣ ص ٢٢٨ ، المدونة الكبرى ج ٤ ص ١٤٨ ،
١٥٣ ، المواق ج ٢ ص ٤٧٨ - ٤٧٩ .

(٤) المدونة ج ٤ ص ١٥٣ : « قلت : أرايت ان أسلمت المرأة ، وزوجها
كافر ، أيعرض على زوجها الاسلام في قول مالك أم لا ؟ قال : لا يعرض
عليه الاسلام في رأيي ، ولكنه ان أسلم في عدتها فهو أحق بها ، وإن
انقضت عدتها فلا سبيل له عليها » . المواق ج ٢ ص ٤٧٨ .

ذلك (١) ، وقدرُوا تطاول الزمن الذي تقع الفرقة بعده بمدة شهرين (٢) . وهذه الحالة فيما إذا كان إسلام الزوج بعد الدخول ، أما إذا أسلم الزوج قبل الدخول فإن الفرقة تتعجل بينهما (٣) .

وحجة المالكية فيما ذهبوا إليه ، ما يأتي :-

أ - في حالة إسلام الزوجة بعد الدخول ، استدلوا بحديث صفوان وحديث أم حكيم ، وقد ذكرناهما (٤) .

ب - وفي حالة إسلام الزوجة أو الزوج قبل الدخول ، استدلوا بقوله تعالى : « ولا تمسكوا بعصم الكوافر » . وبأن المرأة لا عدة عليها ، فينقطع النكاح بينهما حالاً بإسلام أحدهما (٥) .

ج - أما في حالة إسلام الزوج بعد الدخول ، فإن المالكية لم يراعوا انقضاء العدة لإيقاع الفرقة لقوله تعالى : « ولا تمسكوا بعصم الكوافر » (٦) ، ولأن السنة إنما وردت في مراعاة العدة إذا كانت المرأة

(١) شرح الموطأ للزرقاني ج ٣ ص ١٥٨ - ١٥٩ : « قال مالك : وإذا أسلم الرجل قبل امراته وقعت الفرقة بينهما إذا عرض عليها الإسلام فلم تسلم ، لأن الله تبارك وتعالى يقول في كتابه : ولا تمسكوا بعصم الكوافر » . المدونة ج ٤ ص ١٤٨ : « قال مالك : إذا أسلم الزوج قبل المرأة ، وهما مجوسيان ، وقعت الفرقة بينهما وذلك إذا عرض عليها الإسلام فلم تسلم . قال ، أي ابن القاسم : وأرى إذا طال ذلك فلا تكون امراته وإن أسلمت ، وتنقطع العصمة فيما بينهما إذا تطاول ذلك . قلت : كم يجعل ذلك ؟ قال : لا أدري . قلت : الشهرين ؟ قال : لا أحد فيه حداً وأرى الشهر وأكثر من ذلك قليلاً وليس بكثير » .

(٢) بلفة السالك والشرح الصغير للدردير ج ١ ص ٣٧٨ .

(٣) تفسير القرطبي ج ١٨ ص ٦٦ - ٦٧ ، المغني ج ٦ ص ٦١٥ - ٦١٦ .

(٤) ص ٤٠٦ و ٤٠٧ من هذه الرسالة .

(٥) مفنن القرطبي ج ١٨ ص ٦٧ ، المغني ج ٦ ص ٦١٤ .

(٦) شرح الموطأ للزرقاني ج ٣ ص ١٥٨ - ١٥٩ .

هي التي أسلمت دون زوجها ^(١) ، ولأن العدة لما كانت في الأصل حقاً للزوج لإرتجاع المعتدة فيجب أن تعتبر فيما فيه الرجعة من قبل الزوج إذ يكون له الارتجاع وعدمه ، ولا يكون هذا إلا في حالة إسلام الزوجة ، إذ يمكن للزوج في هذه الحالة أن يرجع زوجته بأن يسلم في عدتها . أما إذا أسلم الزوج فإن الارتجاع لا يكون بيده وإنما بيد الزوجة بأن تسلم باختيارها ، وهذا لا يوجب مراعاة العدة لأن العدة في هذه الحالة لها لا عليها ^(٢) .

٣٤٧ - رابعاً - مذهب الحنفية :

إذا أسلم أحد الزوجين غير الكتائبين أو أسلمت الزوجة على أي دين كان زوجها ، عرض الاسلام على الآخر ، فإن أسلم وكانت الزوجة تحل للرجل فإن النكاح على حاله ، وإن أبى فرق القاضي بينهما ، وما لم يفرق القاضي بينهما فالنكاح قائم . وإنما يكون عرض الاسلام على الآخر إذا كان عاقلاً بالغاً أو صبيّاً مميزاً يعقل الأديان ، فإن كان غير مميز انتظر عقله لأن له غاية معلومة ، وإن كان مجنوناً فلا ينتظر عقله ، لأنه ليس له غاية معلومة ، فيعرض الاسلام على أبويه ، فأيهما أسلم تبعه المجنون في إسلامه وبقي النكاح . وإذا أبى الاسلام فرق القاضي بينهما . وإن لم يكن للمجنون أب ولا أم نصب القاضي عليه وصياً ليقضي عليه بالفرقة ^(٣) .

(١) المدونة ج ٤ ص ١٥١ : « قلت : وهذا أيضاً لم قلتموه ، ان النصراني اذا أسلمت امرأته انه املك بها ما دامت في عدتها وهو لا يحل له نكاح مسلمة ابتداء ، وقد قال الله تبارك وتعالى : « ولا تمسكوا بعصم الكوافر » . « قال » جاءت الآثار انه املك بها مادامت في عدتها ان هو أسلم ، وقامت به السنن عن النبي صلى الله عليه وسلم ، فليس لما قامت به السنن عن النبي صلى الله عليه وسلم قياس ولا نظر » .

(٢) العلاقات الخاصة بين المسلمين وغير المسلمين للشيخ بدران ابي

المينين بدران ، طبعة مطبعة دار التأليف بالقاهرة ص ٩٣ .

(٣) الدر المختار ورد المختار ج ٢ ص ٥٣٤ - ٥٣٥ ، الكاساني ج ٢

ص ٣٣٦ ، الزيلعي ج ٢ ص ١٧٤ .

وقد احتج الحنفية لمذهبهم بجملة أدلة ، منها :-

أ - إن رجلاً من بني تغلب أسلمت إمرأته فعرض عمر رضي الله عنه عليه الاسلام فامتنع ففرق بينهما وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ، فيكون اجماعاً . ولو أن الفرقة تقع بنفس الاسلام لما وقعت الحاجة الى التفريق (١) .

ب - إن الفرقة بين الزوجين يجب أن تضاف الى سبب ، وإسلام من أسلم لا يصلح أن يكون سبباً لرفع النكاح ووقوع الفرقة ، لأن الاسلام طاعة ، والطاعة لا تكون سبباً لتفويت نعمة الزوجية واقتطاع النكاح ، كما أن الاسلام عرف عاصماً للأملأك مؤكداً لها ، فلا يكون مبطلاً لها . وكذلك كفر المصر لا يكون قاطعاً للنكاح ، لأن الكفر كان موجوداً منهما ولم يمنع ابتداء النكاح فلأن لا يمنع البقاء ، وانه أسهل ، أولى . وكذا اختلاف الدين لا يكون سبباً لقطع النكاح لأنه لا يمنعه ابتداء ، كما لو تزوج مسلم كتائية ، فلا يكون مانعاً له بقاء أيضاً . ولكن لو أبقينا النكاح بينهما لا تحصل مقاصد النكاح ، لأن مقاصد النكاح لا تحصل إلا بالاستفراش ، والكافر لا يمكن من استفراش المسلمة ، والمسلم لا يحل له استفراش المشركة والمجوسية لخبثتهما ، فيعرض الاسلام - من غير إكراه - على الزوج الذي لم يسلم ، لتحصيل مقاصد النكاح ، إن أسلم ، أو لتقرير الفرقة إذا أبى لعدم الفائدة عند ذاك من بقاء النكاح . فيكون إباء الاسلام سبباً صالحاً للفرقة لأنه

(١) الكاساني ج ٢ ص ٣٣٧ ، الزيلعي ج ٢ ص ١٧٤ ، وفي زاد المعاد لابن القيم ، طبعة المطبعة النظامية في الكانفور بالهند طبعة سنة ١٢٩٨ هـ ج ٢ ص ١٧٩ : « وكذلك صح عنه » اي عن عمر رضي الله عنه ان نصرانياً أسلمت امرأته فقال عمر رضي الله عنه : ان أسلم فهي امرأته وان لم يسلم فرق بينهما . فلم يسلم ففرق بينهما . وكذلك قال لعبادة بن النعمان التغلبي ، وقد أسلمت امرأته ، اما ان تسلم والا نزعتهما منك . فأبى فنزعها منه . وعن الحسن رضي الله عنه قال : اذا أسلمت وأبى أن يسلم فانها تبين منه بواحدة » ، المحلى ج ٧ ص ٣١٤ .

— ٤١١ —

معصية فناسب إضافة سبب الفرقة اليه (١) .

٣٤٨ - خامساً - قول ابن قيم الجوزية -

إذا أسلم أحد الزوجين قبل الآخر لم يفسخ النكاح في الحال ، فإنه لا يعرف أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جدد نكاح زوجين سبق أحدهما الآخر بإسلامه . وقد أمر النبي صلى الله عليه وسلم برد إبنته زينب على زوجها أبي العاص بن الربيع وهو لم يسلم إلا بعدها . وأما مراعاة زمن العدة فلا دليل عليه من نص أو إجماع ، ولا كان النبي صلى الله عليه وسلم يسأل المرأة هل انقضت عدتها أم لا ، ولا ريب أن الاسلام لو كان بمجرد سبب للفرقة لما كانت فرقة رجعية بل بائمة ، فلا أثر للعدة في بقاء النكاح وإنما أثرها في منع المعتدة من النكاح حتى تنقضي عدتها ، فلو كان الاسلام قد نجز الفرقة بينهما لما كان الزوج أحق بها في العدة . والذي دل عليه حكمه صلى الله عليه وسلم هو أن النكاح موقوف . فإن أسلم الآخر قبل إقضاء العدة فهما على نكاحهما ، وإن انقضت عدتها فلها أن تنكح من شاءت ، وإن أحببت انتظرت حتى يجتمع اسلامهما فيبقيا على نكاحهما الأول دون تجديد له . فكان الأمر في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم أحد أمرين : إما افتراقهما ونكاحها غيره ، وإما بقاء نكاحهما وإن تأخر إسلامها أو اسلامه . أما تنجيز الفرقة أو مراعاة العدة فلا نعلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بواحدة منهما مع كثرة من أسلم بعده من الرجال وأزواجهم ، وقرب اسلام أحد الزوجين من الآخر وبعده منه . ولولا إقراره صلى الله عليه وسلم الزوجين على نكاحهما ، وإن تأخر إسلام أحدهما عن الآخر ، لقلنا بتعجيل الفرقة بالاسلام من غير اعتبار عدة لقوله تعالى : « لا هن حل » لهم ولا هم يحلون لهن » وقوله تعالى : « ولا تمسكوا بعصم الكوافر »

(١) الزيلعي ج ٢ ص ١٧٤ ، الكاساني ج ٢ ص ٣٣٧ .

— ٤١٢ —

ولكن الذي أنزل عليه هذه الآية لم يأمره بأن يحكم بتعجيل الفرقة بالاسلام (١) .

٣٤٩ - مناقشة الأقوال المختلفة وادلتها :

اولا - القول بتعجيل الفرقة بمجرد إسلام أحد الزوجين ، كما يقول ابن حزم ، قول ضعيف لما يأتي :-

أ - لم يعرف أن النبي صلى الله عليه وسلم جدد نكاح زوجين أسلم أحدهما قبل لاخر قط ، وقد كان الصحابة يسلم الرجل منهم قبل امرأته وبالعكس ولم يعرف عن أحد منهم البتة أنه تلفظ باسلامه هو وامراته حرفاً بحرف ومع هذا فما كانت الفرقة تقع بينهما بسبب تأخر اسلام أحدهما عن الآخر (٢) .

ب - والاحتجاج بالآثار المروية ، عن عمر وغيره ، بوقوع الفرقة بمجرد اسلام أحد الزوجين ، ليست صريحة في تعجيل الفرقة (٣) ، وتعارض بما روي عن عمر صراحة بعدم تعجيل الفرقة باسلام أحد الزوجين (٤) .

ج - اما الاحتجاج بقوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا اذا جاءكم المؤمنات مهاجرات الآية » فهذه الآية الكريمة يستدل بها على وقوع الفرقة بين الزوجين اذا أسلم أحدهما دون الآخر مع اختلاف الدار بينهما ، كما يقول الحنفية ، وسيأتي بيان ذلك فيما بعد . وأيضاً فاذا كانت هذه الآية الكريمة قد يستدل بها على تعجيل الفرقة باسلام أحد الزوجين ، كما يقول ابن حزم ، فإن هذا الاستدلال يعارض بقول الشافعي ، في هذه الآية ، إن السنة قد بينت أن : « مراد الله ، من قوله

(١) زاد المعاد طبعة الهند ج ٢ ص ١٧٨ - ١٧٩ .

(٢) زاد المعاد طبعة الهند ج ٢ ص ١٧٨ .

(٣) زاد المعاد طبعة الهند ج ٢ ص ١٧٩ .

(٤) ص ٤١٠ من هذه الرسالة .

— ٤١٣ —

هذا ، أنه لا يحل بعضهم لبعض إلا أن يسلم الباقي منهما في العدة» (١) .
كما يعترض على استدلال ابن حزم بقول ابن القيم : إن « الذي أئزل
عليه قوله تعالى : ولا تمسكوا بعصم الكوافر » وقوله تعالى : لا هنَّ
حلٌ لهم ولا هم يحلون لهن ، لم يحكم بتعجيل الفرقة » (٢) .

د — والقول بأن إسلام أحد الزوجين من أسباب الفرقة فيجب
أن تقع الفرقة حالاً دون توقف على شيء آخر ، قول يصح لو لم ترد
نصوص وآثار بعدم تعجيل الفرقة .

ثانياً — اعتبار العدة وتوقف الفرقة على مضيها من غير أن يسلم
الآخر قول ضعيف أيضاً لما يأتي :

أ — لم يثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه راعى مضي العدة
في حالة إسلام أحد الزوجين قبل الآخر كما ذكر الإمام ابن القيم (٣) .
ب — ما رواه ابن شبرمة في مراعاة العدة في عهد رسول الله صلى
الله عليه وسلم أثر لا يصح (٤) ، فلا يصح الاحتجاج به .

ج — ما رواه الإمام مالك عن ابن شهاب في قصة إسلام صفوان
وعكرمة أثران مرسلان ، وفي العمل بالمرسل اختلاف بين العلماء ،
فالجمهور ، ومعهم الظاهرية ، لا يرون الاحتجاج به (٥) . وحتى لو جاز
الاحتجاج بالمرسل لما كان في هذين المرسلين حجة ، لأنه ليس فيهما
ذكر للعدة وإنما في أحدهما بيان للمدة بين إسلام صفوان وإسلام زوجته
وهي نحو من شهر ، وليس في هذا البيان دلالة على أن صفوان لو
أسلم بعد هذه المدة لما أقر على نكاحه . ومرسل قصة إسلام عكرمة بن
أبي جهل لم يرد فيه حتى بيان المدة بين إسلامه وإسلام زوجته .

- (١) تفسير القرطبي ج ١٨ ص ٦٧ .
- (٢) زاد المعاد طبعة الهند ج ٢ ص ١٧٩ .
- (٣) زاد المعاد للإمام ابن القيم ، طبعة الهند ، ج ٢ ص ١٧٨ .
- (٤) المرجع المتقدم ج ٢ ص ١٧٩ .
- (٥) الاحكام في أصول الأحكام للإمام ابن حزم الظاهري ج ٢ ص ٢ ،
إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول للشوكاني ص ٥٧ :
« لكن محل الخلاف هو المرسل باصطلاح أهل الحديث ، فذهب
الجمهور إلى ضعفه وعدم قيام الحجة به » .

د — القائلون باعتبار العدة ، يقولون : إذا أسلم الزوج الآخر قبل إقضاء العدة بقي الزوجان على نكاحهما ، وإذا لم يسلم قبل انقضائها وقعت الفرقة بينهما بانقضائها ، مع أن المعهود في الشرع أن العدة إنما تجب بعد وقوع الفرقة لا قبلها •

ثالثاً — ما احتج به الحنفية يتوجه عليه ما يأتي :-

١ — ما روي عن عمر رضي الله عنه من عرض الاسلام على الزوج الآخر الذي لم يسلم يعارض بما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال — في اليهودية والنصرانية تسلم تحت اليهودي أو النصراني — يفرق بينهما ^(١) . فهذا يدل على أن لا إجماع على ما فعله عمر رضي الله عنه ، كما يدعي الحنفية •

٢ — قول الحنفية إن إسلام أحد الزوجين أو كفر المصير أو اختلاف الدين لا يكون واحد من هذه الأمور سبباً للفرقة ، يعترض عليه : بأن اختلاف الدين قد يمنع النكاح ابتداءً كما إذا كانت الزوجة مشركة غير كنانية والزوج مسلم ، أو كانت الزوجة مسلمة والزوج غير مسلم ، وعلى هذا يجوز أن يكون اختلاف الدين مانعاً للنكاح بقاءً كما منعه ابتداءً فيصح أن تضاف الفرقة اليه •

رابعاً — ما ذهب اليه ابن القيم ، يتوجه عليه أن صحة نكاح المرأة بمن تشاء ، بعد انقضاء عدتها بدون إسلام الزوج ، يفيد أن مضي العدة اعتبر سبباً في وقوع الفرقة وتقررهما ، وهذا خلاف ما عهد في الشرع ، لأن العدة في الشرع تجب بعد الفرقة لا قبلها كما ذكرنا •

٣٥٠ — القول الراجح :

بعد عرض أقوال الفقهاء المختلفة وأدلتهم وما ورد عليها من اعتراضات وتضعيف يترجح عندي قول الأحناف فهو أدنى للقبول ، لأنه لم يثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم تعجيل الفرقة بإسلام أحد

(١) المحلى ج ٧ ص ٣١٤ •

— ٤١٥ —

الزوجين ، كما أن اعتبار العدة لإيقاع الفقرة بعد مضيها من دون إسلام الزوج الآخر لا دليل عليه ، فلم يبق إلا عرض الإسلام على الزوج الآخر : فإما أن يسلم فيبقى النكاح ، وإما أن يأبى فيحكم بالفرقة ، لأنه لا يجوز للمسلمة أن تكون في نكاح غير مسلم ، كما لا يجوز للمشركة غير الكتابية أن تكون في نكاح المسلم .

والظاهر أن عرض الإسلام على الزوج الذي لم يسلم ليس له مدة معينة ، وإنما يعرضه القاضي عند نظره في هذه المسألة بعد رفعها إليه أو تدخله فيها من تلقاء نفسه (١) .

ويبقى النكاح على حاله حتى يفرق القاضي بينهما بسبب إباء الإسلام (٢) . والرد على عرض الإسلام بالقبول أو الرفض ليس له مدة محددة إلا المدة المعقولة في مجلس القضاء وحسب المتعارف عليه عند طرح القاضي أي سؤال على أطراف الدعوى طالباً منهم الجواب ، كما جاء في حكم محكمة القاهرة الابتدائية - الدائرة ٢٤ للأحوال الشخصية للمصريين - الصادر في ١٩٥٦/١/٢٨ : « ٠٠٠ فقد عرضت عليه المحكمة الإسلام فأبى أن يسلم » (٣) . وهذا يعني أن عرض الإسلام من قبل المحكمة كان في مجلس القضاء وفي أثناء رؤية الدعوى ، وأن الرد على هذا العرض كان في مجلس القضاء نفسه ، ولم ينتظر له أكثر من المدة المتعارف عليها عند طرح الأسئلة من قبل المحكمة على أطراف الدعوى للجواب عليها .

ويلاحظ هنا أن الزوجة إذا أسلمت هي ، وكان زوجها صغيراً غير مميز ، فلا يعرض عليه الإسلام حالاً بل يتأخر إلى حين بلوغه التمييز . أما إذا كان مجنوناً فقد قالوا : لا ينتظر عقله بل يعرض الإسلام على

(١) الأيباني ج ١ ص ١٩٠ .

(٢) الزيلعي ج ٢ ص ١٧٤ .

(٣) 'المجموعة الشاملة في قوانين الأحوال الشخصية' ، وضع وترتيب محمد حلمي عبدالعاطي ، الطبعة الأولى سنة ١٩٥٦ ص ٣١٦ وما بعدها .

— ٤١٦ —

أبويه فأيهما أسلم تبعه المجنون • وقالوا في الفرق بينهما : إن عدم التمييز له حد معلوم متى ما تجاوزه الصغير غير المميز صار مميزاً فيمكن الانتظار ، والجنون ليس له نهاية معلومة فلا ينتظر ^(١) . والذي أراه في هذه المسألة وجوب الانتظار بالنسبة للمجنون أيضاً إذا ما قرر أهل الخبرة بأن جنونه محتمل الشفاء أو لا يطول كثيراً •

٣٥١ - نوع الفرقة بسبب إباء الاسلام :

إذا وقعت الفرقة بسبب إباء أحد الزوجين الاسلام ، على النحو الذي فصلناه ، فقد اختلف الفقهاء في نوع هذه الفرقة : فالجمهور كما لك والشافعي وأحمد وأبي يوسف يرون أنها فرقة فسخ • وأبو حنيفة وصاحبه محمد يقولان إنها فرقة طلاق إذا أسلمت الزوجة وأبى زوجها الاسلام ، وتكون فرقة فسخ إذا أسلم الزوج وأبت الزوجة الاسلام ^(٢) . احتج الجمهور لمذهبهم بأن الفرقة لم تكن بلفظ الطلاق ونحوه وإنما كانت بحكم الشرع فتكون فرقة فسخ لا طلاق كفرقة الرضاع ^(٣) ، وبأن هذه الفرقة شترك في سببها الزوجان ويستريان فيه ، لأن الإباء عن الاسلام من كل واحد منهما سبب الفرقة ، والفرقة الحاصلة بإبائها فرقة فسخ لا طلاق ، فكذا بإبائه تكون الفرقة فرقة فسخ لا فرقة طلاق ^(٤) .

أما حجة أبي حنيفة ومحمد ، فهي أن المرأة إذا أسلمت ، وأبى الزوج الاسلام فقد فات الإمساك بالمعروف فيتعين التسريح بإحسان ، فإن طلقها فيها ، وإلا ناب القاضي منابه ، فتكون الفرقة طلاقاً ، لأن القاضي ينوب عنه فيما إليه التفريق به ، والذي إليه هو الطلاق ، فتكون

(١) الزيلعي ج ٢ ص ١٧٤ .

(٢) المدونة الكبرى ج ٤ ص ١٤٨ ، شرح الخرشي ج ٣ ص ٢٢٩ ، المهذب ج ٢ ص ٥٥ ، كشاف القناع ج ٣ ص ٦٩ - ٧٠ ، الدر المختار ورد المحتار ج ٢ ص ٥٣٥ .

(٣) المغني ج ٦ ص ٦١٤ ، المهذب ج ٢ ص ٥٥ .

(٤) الكاساني ج ٢ ص ٣٣٧ .

— ٤١٧ —

الفرقة فرقة طلاق لا فسخ كما في حالة التفريق بالجب والعنة . وهذا بخلاف ما لو كان الزوج هو الذي أسلم وأبت الزوجة الإسلام ، فإن القاضي يتوب منابها فيما لها التفريق به ، والذي للمرأة عند قدرتها على الفرقة شرعاً هو الفسخ ، فيكون تفريق القاضي في هذه الحالة فسخاً لأنه نائب عنها فيه ^(١) .

٣٥٢ - حكم خروج أحد الزوجين عن ديانتهم في الشريعتين المسيحية

واليهودية :

تذهب الكنائس جميعاً الى أن خروج أحد الزوجين المسيحيين عن ديانتهم سبب مشروع للتفريق بين الزوجين . إلا أن الكاثوليك ، وهم لا يأخذون بالتفريق لأي سبب كان ، يجعلون هذا السبب داعياً للتفريق الجسدي بين الزوجين . أما الكنائس الأخرى فتجعله سبباً مشروعاً للتطليق ^(٢) . وعلى هذا نصت قواعد أحكام الأحوال الشخصية للطوائف المسيحية في العربية المتحدة ، من ذلك :

المادة ١٨ من قواعد الأحوال الشخصية لطائفة البروتستانت :
« لا يجوز الطلاق إلا بحكم من المجلس العمومي وفي الحالتين الآتيتين :
أولاً - ... ثانياً - اذا اعتنق أحد الزوجين ديانة أخرى غير الديانة المسيحية وطلب الزوج الآخر الطلاق » .

- (١) الزيلعي وحاشية الشلبي ج ٢ ص ١٧٤ - ١٧٥ .
والفرق في الحكم بين ما يعد من فرق الزواج طلاقاً وما يعد فسخاً من وجوه :-
أولاً - ما يعد منها طلاقاً تنحل به الرابطة الزوجية بعد انقضاء العدة في الطلاق الرجعي ، وفوراً اذا كان الطلاق بائناً . وما يعد منها فسخاً تنحل به عقدة النكاح فوراً في أي نوع من أنواع الفسخ .
ثانياً - ما يعد منها طلاقاً ينتقص به عدد ما يملك الزوج من الطلقات وما يعد فسخاً لا ينتقص به عدد الطلقات التي يملكها الزوج .
ثالثاً - الفرقة التي تعد طلاقاً لا تكون الا في زواج صحيح ، أما فرقة الفسخ فتكون في الصحيح وغيره خلافاً للمالكية : فرق الزواج لاستاذنا الشيخ علي الخفيف ص ٨ - ٩ ، الفقه الاسلامي في الزواج والفرقة وآثارهما لاستاذنا محمد سلام مذكور .
(٢) حلمي بطرس ص ٢١٨ - ٢١٩ .

والمادة ٤٩ من قواعد الأحوال الشخصية للأقباط الارثوذكس :
« ينفسخ الزواج إذا خرج أحد الزوجين عن الدين المسيحي » (١) .

والمادة ١٤ من لائحة الزواج والطلاق للروم الارثوذكس : « لكل من الزوجين أن يطلب الطلاق في حالة ارتداد أحد الزوجين عن الديانة المسيحية » .

والمادة ٤٢ من قواعد الأحوال الشخصية للأرمن الارثوذكس :
« يجوز لأحد الزوجين أن يطلب الطلاق إذا ارتد الزوج الآخر عن دينه » (٢) .

ومن هذه النصوص ، يتبين أن الفرق لا تقع بمجرد تحول أحد الزوجين المسيحيين عن ديانته بل لابد من حكم من القضاء بالتفريق بناء على طلب الزوج الآخر . ومعنى هذا أن الزواج يبقى قائماً معتبراً إذا لم يطلب الزوج الآخر التطلق .

وعند اليهود ، كما يظهر ، ارتداد أحد الزوجين عن اليهودية سبب لوقوع الفرق ، فقد جاء في المادة « ١٧ » من كتاب ابن شمعون عند الكلام عن شروط النكاح : « الدين والمذهب شرط لصحة العقد ، فإذا كان أحد الاثنين من غير الدين أو من مذهب آخر فلا يجوز العقد بينهما وإلا كان باطلاً » . فالظاهر من هذا أن إتحاد الدين شرط لبقاء النكاح كما هو شرط لإبتدائه . ويؤيد هذا ما جاء في المادة ١٧٨ من كتاب ابن شمعون : « تعد الزوجة مخالفة للشرع إذا ارتدت » . وجاء في المادة ١٧٧ : « وتسقط حقوق الزوجة إذا خالفت الشرع أو الأدب أو زنت » . فالخروج عن الديانة اليهودية يعتبر مخالفاً للشرع ، والمخالفة للشرع

(١) وصياغة المادة توحى بانحلال العقد بمجرد تحول الزوج عن ديانته . ولكن هذا غير صحيح لأن الكنائس المسيحية لا ترى التطلق إلا بالالتجاء الى القضاء وصدر حكم به : انظر هامش ١ من ص ٣٤٢ من كتاب نمر^٢ وحشبي السالف الذكر .
(٢) حلمي بطرس ص ٢١٨ - ٢١٩ ، نمر^٢ وحشبي ص ٣٤٢ - ٣٤٤ .

قرنت بالزنى ، والزنى يوجب الطلاق حتماً ، فقد جاء في المادة ١٨٦ من كتاب ابن شمعون : « اذا نظر الرجل امرأته تزني أو علم من ثقة أو اعتقد زناها حرمت عليه ووجب الطلاق ولا حقوق لها إلا اذا حلفت » .

وفي العراق نصت قواعد السريان الأرثوذكس في المادة الثلاثين على أنه : « لا يتم فسخ عقد الزواج إلا بحكم المحكمة المختصة بناء على الأسباب الآتية بعد طلب أحد الزوجين : - ١ ، ٢ ، ٣ ، ٤ - خروج أحد الزوجين عن الدين المسيحي وإشتهار أمره بذلك . وفي هذه الحالة يمهل الخارج مدة معقولة تفرضها المحكمة لغرض رجوعه فإذا انقطع الأمل من عودته فلقبرينه طلب الفسخ » . وعند اليهود يعتبر خروج الزوج اليهودي عن اليهودية سبباً للطلاق ، ويضيع حق الزوجة في الصداق اذا كانت هي التي ارتدت عن اليهودية . فقد جاء في المادة ١٢٩ من الأحكام والقواعد الفقهية للطائفة الموسوية في العراق : « إذا اعتنق ديانة أخرى حق لها عليه الطلاق وإستيفاء صداقها ولها أن تطلب الحكم بصداقها حتى قبل الطلاق » . وجاء في المادة ١٧٤ من هذه الأحكام : « يسقط حق الزوجة في صداقها الموثق بخط النكاح اذا خالفت الشرع أو الأدب أو زنت » . وفي المادة ١٧٥ من هذه الأحكام أيضاً : « تعد الزوجة مخالفة للشرع إذا إرتدت أو » .

٣٥٣ - ما عليه العمل في الوقت الحاضر :

ذكرنا حكم الشريعة الاسلامية في إسلام أحد الزوجين غير المسلمين وما يترتب على ذلك . وذكرنا أحكام الشرائع غير الاسلامية من يهودية ومسيحية ، في مسألة خروج أحد الزوجين عن ديانته ، ولكن هذه الأحكام في الشريعتين اليهودية والمسيحية ليس لها من أثر عملي في العربية المتحدة ، لأن القانون الواجب التطبيق هو المذهب الحنفي ، على أرجح الأقوال فيه ، في جميع حالات خروج أحد الزوجين غير

المسلمين عن دياقته سواء كان هذا الخروج الى الاسلام أو غيره .
وتوضيح ذلك ان أحد الزوجين اذا خرج عن دياقته الى دين آخر يكون
قد اختلف مع الزوج الآخر في الملة فتكون الشريعة الاسلامية - طبقاً للمذهب
الحنفي - هي الواجبة التطبيق عملاً بالمادة السادسة من القانون رقم
٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ . فإذا كان الدين الذي انتقل اليه هو الاسلام وكان
المنتقل هو الزوج ، والزوجة كتابية ، ولم يكن بينهما سبب من أسباب
التحريم ، بقي النكاح على حاله . لأن المسلم له أن يتزوج الكتابية
إبتداء فلأن يبقى نكاحه أولى . أما إذا كانت الزوجة هي التي انتقلت
الى الاسلام فإن المحكمة تعرض الاسلام على زوجها فإن أسلم فيها
وبقي النكاح على حاله ، وإن أبى فرق القاضي بينهما . وبهذا المعنى
حكمت محكمة القاهرة الابتدائية - الدائرة ٢٤ - للأحوال الشخصية
للمصريين في ٢٨/١/١٩٥٦ وجاء في حكمها : « ومن حيث أنه من المقرر
شراً أنه فيما يتعلق بزواج غير المسلمين أنه إذا أسلمت الزوجة وحدها
عرض الاسلام على زوجها غير المسلم ، فإذا أسلم بقى زواجهما على
حاله ما دام الاسلام يقره وإن أبى أن يسلم فرق القاضي بينهما . ومن
حيث أنه لما كان المدعى عليه مميزاً فقد عرضت عليه المحكمة الاسلام
فأبى أن يسلم ، على النحو الثابت بمحضر جلسة المرافعة ، ولذلك يتعين
التفريق والحيلولة بينه وبين المدعية . ومن حيث أنه طبقاً لأرجح الأقوال
من مذهب أبي حنيفة أن تفريق القاضي عند إباء الزوج الاسلام يكون
طلاقاً بائناً ، فلهذه الأسباب حكمت المحكمة حضورياً بالتفريق بين
المدعية والمدعى عليه بطلقة بائنة » (١) .

واذا كان تحول أحد الزوجين عن دياقته الى غير الاسلام
فالاختصاص يكون أيضاً للشريعة الاسلامية ، طبقاً للرأج من المذهب
(١) المجموعة الشاملة في قوانين الاحوال الشخصية ص ٣١٦ وما بعدها .

الحنفي ، كما قلنا ، وهذا المذهب يرى أن لا أثر لهذا التحول في بقاء
النكاح ^(١) .

ويخلص لنا مما تقدم أن تغيير أحد الزوجين غير المسلمين ديارته
لا يؤثر في بقاء النكاح في العربة المتحدة ، إلا في حالة واحدة فقط
هي : إذا غيرت الزوجة ديارتها الى الاسلام وأبى الزوج أن يسلم بعد
عرض الاسلام عليه ، ففي هذه الحالة يفرق بينهما .

٣٥٤ - وقد ذهب بعض الكتاب الى أن تغيير الزوج ديارته الى
الاسلام يعطى لزوجته الكتابية الحق في طلب التطلاق للضرر ويكون
التطلاق في هذه الحالة « متفقاً مع أحكام الشريعة الاسلامية التي تجيز
للزوجة أن تطلب التطلاق إذا كان يلحقها ضرر من الحياة الزوجية » ^(٢) .
والحق أن هذا الرأي ضعيف ، لأن مجرد اعتناق الشخص الديانة
الاسلامية لا يمكن أن يكون عملاً مضرًا ولا يصح أن يكون حجة
لأحد لأن يدعي بسببه ضرراً . ومجرد إحساس المرأة بضرر من جراء
إسلام زوجها لا ينهض دليلاً على ثبوت الضرر واعتباره سبباً للتفريق ،
لأن الضرر لا يبنى على تخيلات الفرد وما يتصوره هو ضرراً ، ولكن
يبنى على ثبوت خطأ يقترفه الشخص أو مخالفة منه للقانون ، أو تجاوز
لحقه المشروع ، أو سوء استعمال منه لحقه . وليس في إسلام الزوج
واحد من هذه الأمور : فهو لم يخطئ إذ اعتنق الاسلام ، ولم يخالف
القانون بدخوله في الاسلام ، لأن القانون لا يمنعه من ذلك ، ولم يتجاوز
حقه حين أسلم ، فحرية العقيدة مصونة ، وما أساء استعمال حقه لأنه
ما تجاوز حدود هذا الاستعمال ، ولأن من حقه أن ينتفع ويتمسك
بالأحكام المترتبة على ديارته الجديدة . نعم يحق للزوجة أن تطلب
التفريق للضرر إذا قام زوجها - بعد إسلامه - بالتضييق عليها في أمور
ديارتها لأن يمنحها من الذهاب الى الكنيسة أو من إقامة شعائرها الدينية .

(١) الكاساني ج ٢ ص ٣٣٨ .

(٢) نمرٌ وحشبي ص ٣٢٨ ، وهلمش ١ .

— ٤٢٢ —

واذن ، لا يصح القول بالتفريق بسبب إسلام الزوج ، بحجة تضرر الزوجة من هذا الاسلام . ولكن اذا لم يصح التفريق للضرر ، فإن بعض المذاهب الاسلامية قال بالتفريق لمعنى آخر هو اختلاف الدين . فعند الزيدية اتحاد الزوجين في الدين شرط لجواز النكاح وصحته ^(١) . ومعنى هذا أن النكاح يبطل إذا اختلف الزوجان في الدين . وهذا التفريق عند الزيدية ، تفريق على معنى آخر ، غير معنى الضرر ، هو اختلاف الدين . فإذا قيل بالتفريق إتباعاً للمذهب الزيدي ، عند تحول الزوج غير المسلم الى الاسلام وزوجته كتائية ، يكون قولاً اجتهدياً سائفاً .

٣٥٥ — وفي العراق اذا غير أحد الزوجين ديانته الى الاسلام ، فالحكم هو ما قلناه عن المذهب الحنفي ، فيبقى النكاح إذا كان الزوج هو الذي أسلم ولم يكن بينه وبين زوجته الكتابية سبب من أسباب التحريم . وإذا كانت هي التي أسلمت عرض على زوجها الاسلام ، فإن أسلم فهي زوجته ، وإن أبى فرق القاضي بينهما .

وإذا كان الزوجان يهوديين أو مسيحيين وغير أحدهما ديانته الى غير الاسلام ، فإن أحكام اليهود الدينية أو المسيحية — حسب الأحوال — هي التي تطبق كما سنبينه فيما بعد . وقد ذكرنا بعض الأحكام الدينية لليهود والسريان الأرذوكس ، المتعلقة بتغيير أحد الزوجين ديانته ^(٢) .

٣٥٦ — ما نقترحه في مسألة تغيير أحد الزوجين غير المسلمين ديانته :

قلنا ان خروج الذمي ، في العربية المتحدة ، عن ديانته لا يترتب عليه حصول التفريق بين الزوجين خلافاً لما تقضي به قواعد الأحوال الشخصية للطوائف غير الاسلامية في العربية المتحدة ، لأن الشريعة الاسلامية هي التي تحكم أنكحة الذميين عند اختلافهم في الطائفة أو الملة . ولكننا نرى عند توحيد أحكام الأحوال الشخصية للمواطنين في

(١) فقرة ٣٠٧ ص ٣٥٨ من هذه الرسالة .

(٢) فقرة ٣٥٢ ص ٤١٩ من هذه الرسالة .

العربية المتحدة من مسلمين وغير مسلمين ، الأخذ برأي الزيدية في عدم جواز النكاح عند الاختلاف في الدين ، لأنه رأي اجتهادي سائغ في الجملة ويحقق وحدة الأحكام في البلاد ، تلك الوحدة التي نحرص عليها ما دامت لا تخالف اجماعاً ولا نصاً شرعياً قطعياً وتستند الى اجتهادات سائغة شرعاً . فإذا ما قررنا المذهب الزيدي في هذه المسألة فيسكون مقتضاء التفريق بين الزوجين غير المسلمين عند خروج أحدهما عن دياره .

المبحث السادس الفرقة باختلاف الدارين

٣٥٧ — اختلاف الدارين ليس من أسباب الفرقة بين الزوجين عند جمهور الفقهاء كالامام أحمد ومالك والشافعي والاوزاعي . وهو من أسباب الفرقة عند الحنفية ، فإذا ما تحقق وقعت الفرقة به بين الزوجين في الحال .

ومعنى اختلاف الدارين ، الذي تتحقق به الفرقة عند الحنفية ، هو أن يكون أحد الزوجين من أهل دار الحرب والآخر من أهل دار الإسلام حقيقة وحكماً ، بالإسلام أو بالذمة ، كأن يخرج أحد الزوجين من دار الحرب الى دار الاسلام مسلماً أو ذمياً ، أو مستأئناً ثم يسلم أو يعقد عقد الذمة ، ويترك زوجه الكافر الآخر في دار الحرب ^(١) .

٣٥٨ — أدلة الجمهور على عدم وقوع الفرقة باختلاف الدارين :

أولاً — قوله تعالى في آية المتحنة : « يا أيها الذين آمنوا اذا جاءكم المؤمنات مهاجرات فامتحنوهن ، الله أعلم بإيمانهن فإن علمتموهن

(١) الدر المختار ورد المختار ج ٢ ص ٥٣٩ - ٥٤٠ ، شرح الكنز للمعني ج ٢ ص ١٦٤ - ١٦٥ ، الكاساني ج ٢ ص ٣٣٨ - ٣٣٩ ، الجصاص ج ٣ ص ٤٣٩ ، المدونة الكبرى ج ٤ ص ١٥٠ - ١٥١ ، المغني ج ٦ ص ٦١٩ ، البسوط ج ٥ ص ٥٨ .

مؤمنات فلا ترجعوهن الى الكفار لا هنّ حلّ لهم ولا هم يحلون لهنّ» . فهذه الآية الكريمة بينت أن الذي أوجب فرقة المسلمة من زوجها هو إسلامها لا هجرتها ، لأن الله تعالى قال : « لا هنّ حلّ لهم ولا هم يحلون لهنّ » فبين أن العلة هي عدم الحل بالاسلام وليس باختلاف الدار (١) .

ثانياً - روي أن زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم هاجرت من مكة الى المدينة وتركت زوجها أبا العاص كافراً في مكة ، فردها عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد أن أسلم ، بالنكاح الأول . ولو أن الفرقة وقعت باختلاف الدارين لما ردها اليه إلا بنكاح جديد (٢) .

ثالثاً - أسلمت أم حكيم بمكة وهرب زوجها عكرمة الى اليمن دون أن يسلم . وأسلمت امرأة صفوان بن أمية يوم الفتح وخرج زوجها صفوان هارباً من مكة دون أن يسلم . وكذلك غير عكرمة وصفوان أسلموا وأقروا على أنكحتهم ولم تقع الفرقة بينهم وبين أزواجهم مع اختلاف الدين والدار بهم (٣) .

رابعاً - تأثير اختلاف الدارين يظهر في إنقطاع الولاية ، وانقطاع الولاية لا يوجب انقطاع النكاح ، بدليل أن النكاح يبقى بين أهل العدل وأهل البغي ، والولاية منقطعة بينهما . وكذلك لا تقع الفرقة بين الحربي المستأمن في دار الاسلام وبين زوجته في دار الحرب ، ولا تقع الفرقة بين المسلم المستأمن في دار الحرب وبين زوجته في دار الاسلام مع اختلاف الدار بينهم (٤) .

خامساً - عقد النكاح عقد معاوضة فلا يفسخ باختلاف الدار

(١) تفسير القرطبي ج ١٨ ص ٦٣ - ٦٤ . والآية في سورة المتسحنة ج ٢٨ : الآية ١٠ .

(٢) الكاساني ج ٢ ص ٣٣٨ .

(٣) المغني ج ٦ ص ٦٢٠ .

(٤) الكاساني ج ٢ ص ٣٢٨ ، الزيلعي ج ٢ ص ١٧٦ .

كسائر عقود المعارضات كالبيع ونحوه (١) .

٣٥٩ - أدلة الحنفية على وقوع الفرقة باختلاف الدارين :

أولاً - قال تعالى : « يا أيها الذين آمنوا إذا جاءكم المؤمنات مهاجرات فامتنحوهن ، الله أعلم بإيمانهن فإن علمتموهن مؤمنات فلا ترجعهن الى الكفار لا هن حل لهم ولا هم يحلون لهن » ، وآتوهم ما انفقوا ولا جناح عليكم أن تنكحوهن إذا آتيتوهن أجورهن ولا تمسكو بعصم الكوافر » . فهذه الآية الكريمة تدل على وقوع الفرقة بسبب اختلاف الدارين من وجوه عديدة :-

أ - قوله تعالى : « فلا ترجعهن الى الكفار » دل على وقوع الفرقة بين المهاجرة المسلمة التي هاجرت الى دار الاسلام وصارت من أهل هذه الدار وبين زوجها الذي بقي على كفره في دار الحرب ، لأن المنع من إرجاع المهاجرة الى زوجها الكافر في دار الحرب دليل على وقوع الفرقة بسبب اختلاف الدار .

ب - وقوله تعالى : « لا هن حل لهم ولا هم يحلون لهن » أفاد عدم الحل بين المهاجرات الى دار الاسلام وبين أزواجهن في دار الحرب . وهذا دليل أيضاً على وقوع الفرقة بسبب اختلاف الدار ، لأن عدم الحل إنما يكون عند رفع النكاح وزواله .

ج - وقوله تعالى « وآتوهم ما انفقوا » يدل أيضاً على وقوع الفرقة بسبب اختلاف الدار ، لأن الأمر برد مهر المرأة على الزوج دليل على انقطاع النكاح بينهما ، لأن الزوجية لو كانت باقية لما استحق الزوج رد المهر اليه لأنه لا يجوز أن يستحق البضع وبدله .

د - وقوله تعالى : « ولا جناح عليكم أن تنكحوهن اذا آتيتوهن أجورهن » دل أيضاً على وقوع الفرقة بسبب اختلاف الدار لأنه لو

(١) المفني ج ٦ ص ٦٢٠ .

كان النكاح الأول باقياً لما جاز للمؤمنين نكاح المهاجرات (١) .

هـ — وقوله تعالى : « ولا تمسكوا بمعصم الكوافر » ، والمراد بالمعصمة هنا النكاح ، والمعنى أن من كانت له امرأة كافرة بدار الحرب فلا يعتد بها لأنها لم تعد له زوجة ، فقد انقطع النكاح بينهما لاختلاف الدارين (٢) .

ثانياً — إن مقاصد النكاح تفوت بسبب اختلاف الدارين ، لأن مع اختلاف الدار لا يتمكن الزوجان من الانتفاع بالنكاح عادة ، فلا تبقى به فائدة فيزول . وهذا لأن أهل دار الحرب كالموتى في حق أهل دار الاسلام ، ولهذا لو التحق بهم المرتد جرت عليه أحكام الموتى ، فلا يشرع النكاح بين الحي والميت (٣) .

٣٦٠ — مناقشة الأدلة وبيان القول الراجح :

الراجح من القولين هو ما ذهب اليه الأخناف للأسباب التالية :
أولاً — ما ذهب اليه الامام القرطبي في تفسيره من أن آية المتحنة دلت على أن علة الفرقة بين الزوجين هي اختلاف الدين لا الدار ، يرد عليه أنه أغفل جانب اختلاف الدارين مع أن الآية الكريمة مسوقة لبيان حكم المؤمنات المهاجرات من دار الحرب الى دار الاسلام مفارقات أزواجهن المشركين في دار الحرب . والحكم الذي جاءت به الآية هو وقوع الفرقة بين المؤمنة المهاجرة الى دار الاسلام وبين زوجها الكافر في دار الحرب ، وحل نكاحها للمسلمين دون توقف على أمر آخر . فدلالة الآية الكريمة على إختلاف الدارين لا يجوز أن يغفل ، وقد ذكر الإمام مالك هذه الدلالة على ما نقله عنه الامام القرطبي نفسه (٤) .

ثانياً — احتجاج الجمهور بقصة زينب وردّها على زوجها أبي العاص

(١) الجصاص ج ٣ ص ٤٣٨ .

(٢) تفسير القرطبي ج ١٨ ص ٦٥ .

(٣) الزيلعي ج ٢ ص ١٧٦ .

(٤) تفسير القرطبي ج ١٨ ص ٦٣ — ٦٤ .

بالتكاح الأول ، لا حجة لهم فيها لما يأتي .-

أ - روى الإمام أحمد والترمذي وابن ماجه عن طريق عمر بن شعيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ردّ ابنته زينب الى ابي العاص بثمر جديد وتكاح جديد^(١) . فهذه الرواية لقصة زينب تعارض الرواية الأخرى لها والتي احتجوا بها وفيها : أن النبي صلى الله عليه وسلم ردّ ابنته زينب على زوجها أبي العاص بالتكاح الأول .

ب - قصة زينب التي احتجوا بها رويت عن محمد بن اسحاق عن داود بن الحصين عن عكرمة عن ابن عباس ، قال : ردّ رسول الله صلى الله عليه وسلم زينب ابنته على زوجها أبي العاص بن الربيع بالتكاح الأول ولم يحدث شيئاً^(٢) . وهذه الرواية لا يحتج بها لأن أحد الرواة ، وهو محمد بن اسحاق ، مشهور بالتدليس عن الضعفاء والمجهولين كما قال الإمام أحمد بن حنبل والدارقطني وغيرهما^(٣) . وداود بن الحصين فيه لين ، وقال عنه ابن المديني : ما رواه عن عكرمة ، فمر منكر^(٤) .

ج - ان قصة زينب التي رويت عن ابن عباس فيها إشكال واضطراب في النقل ، فقد جاءت بروايات أخرى ، منها : أن النبي صلى الله عليه وسلم ردّها على أبي العاص بعد ست سنين من اسلامها ، وفي رواية أخرى بعد سنتين من اسلامها^(٥) .

- (١) مسند أحمد مطبعة الاخوان المسلمين ج ١٦ ص ٢٠١ ، الترمذي ج ٥ ص ٨١ - ٨٢ ، ابن ماجه ج ١ ص ٦٢٠ .
- (٢) مسند أحمد ج ١٦ ص ٢٠١ ، ابن ماجه ج ١ ص ٦١٩ . ومعنى لم يحدث شيئاً أي لم يحدث نكاحاً : نيل الاوطار ج ٦ ص ١٦٢ .
- (٣) طبقات المدلسين لابن حجر العسقلاني : ص ١٩ .
- (٤) نصب الراية ج ٣ ص ٢٠٩ هامش ٣ .
- (٥) ابن ماجه ج ١ ص ٦١٩ : « ... عن ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ردّ ابنته زينب على أبي العاص بن الربيع بعد سنتين بنكاحها الاول » .

وفي مسند أحمد ج ١٦ ص ٢٠١ : « عن ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ردّ ابنته زينب على أبي العاص بن الربيع وكان اسلامها قبل اسلامه بست سنين بالتكاح الاول ولم يحدث شهادة ولا صداقاً » .

والمحتجون بقصة زينب لا يأخذون بظاهر هذه الروايات ، لأنهم يقولون بوقوع الفرقة بإسلام أحد الزوجين إذا انقضت العدة دون أن يسلم الزوج الآخر ، والعدة لا تبقى — عادة — ست سنوات أو سنتين ، كما جاء في بعض روايات هذه القصة . وقد أراد بعضهم أن يوجه هذه الروايات توجيهاً مقبولاً فقال : إن ردَّ زينب إنما كان بعد ست سنوات أو بعد سنتين لتناول العدة بسبب بعض العوارض ^(١) . ولا يخفى بعد هذا التأويل ، ولهذا قال الترمذي : قال يزيد بن هارون العمل على حديث عمرو بن شعيب وإن كان حديث ابن عباس أصح إسناداً ^(٢) . وقال ابن عبد البر : حديث عمرو بن شعيب تعضده الأصول وقد صرح فيه بوقوع عقد جديد ، والأخذ بالصريح أولى من الأخذ بالمحتمل ، ويؤيده مخالفة ابن عباس لما رواه ^(٣) . وقال غيره إن حديث عمرو بن شعيب هو الذي عليه العمل وإن كان حديث ابن عباس أجود إسناداً ، ولكن لم يقل به أحد من الفقهاء ^(٤) .

ثالثاً — أما إسلام صفوان وعكرمة بعد إسلام زوجتيهما ، وإقرارهما على نكاحهما ، فقد جاء ذلك في مرسلين عن ابن شهاب الزهري . والعمل بالمرسل مختلف فيه بين الفقهاء كما قلنا ^(٥) . وقد قال ابن حزم فيهما : من أين للمحتج بحديث صفوان وغيره أنهم بقوا على نكاحهم بعد ما أسلموا ولم يجدوا عقداً ؟ وهل جاء ذلك باسناد صحيح متصل إلى النبي صلى الله عليه وسلم أنه عرف ذلك وأقره ؟ ^(٦) . وكذلك يعارض هذان المرسلان بحديث عمرو بن شعيب السابق الذي فيه ردَّ زينب على زوجها بنكاح جديد .

(١) الخطابي في شرح سنن أبي داود ج ٣ ص ١٥٠ - ١٥١ .

(٢) سنن أبي داود ج ٣ ص ١٥٢ .

(٣) نيل الأوطار ج ٦ ص ١٦٤ .

(٤) المرجع للسابق ص ١٦٣ .

(٥) فقرة ٣٤٩ ص ٤١٣ من هذه الرسالة .

(٦) المحلى ج ٧ ص ٣١٥ .

— ٤٢٩ —

وأبداً - أما قول الجمهور ، إن تأثير اختلاف الدارين يظهر في انقطاع الولاية ، وهذا لا يوجب انقطاع النكاح . . . الخ ، فليس الأمر كما قالوا ، لأن الحنفية لم يقولوا إن وقوع الفرقة بسبب انقطاع الولاية وإنما قالوا إن مقاصد النكاح تفوت بسبب اختلاف الدار فلا تبقى بالنكاح فائدة فيزول .

واستدلال الجمهور بأهل البني والمدل ليس بصحيح ، لأن أهل البني ، كأهل العدل ، من أهل دار الاسلام ، ولأنهم يخالطون أهل العدل ، فكان إمكان الاتفاغ بالنكاح ثابتاً فيبقى .

وكذلك استدلالهم بالحربي المستأمن في دار الاسلام ، وبالمسلم المستأمن في دار الحرب ، غير وارد هنا ، لأن الحربي المستأمن لم يوجد تبين الدار فيه حكماً لقصد الرجوع الى دار الحرب ، ولهذا يسكن من الرجوع اليها ، وكذلك المسلم المستأمن في دار الحرب لم يوجد فيه تبين الدار مع زوجته التي في دار الاسلام لأنه من أهل هذه الدار حكماً (١) .

خامساً - قولهم : إن عقد النكاح عقد معارضة فلا ينسخ باختلاف الدار ، كسائر عقود المعارضات ، قول ضعيف لأنه قياس مع الفارق ، لأن المقصود الأصلي في عقود المعارضات هو المال وهذا لا يتأثر باختلاف الدار كالتنمين في عقد البيع ، أما المقصود الأصلي في النكاح فهو إنجاب الذرية وتكوين الأسرة وهذا المقصود لا يتحقق مع اختلاف الدار .

٣٦١ - وإني وإن كنت قد رجحت قول الحنفية ، إلا أنني لا أميل الى وقوع الفرقة حالاً كما يقول الأحناف . لأن الآية الكريمة التي احتجوا بها لا تدل دلالة قطعية على وقوع الفرقة فوراً . وإنما تدل على هذا المعنى دلالة ظاهرية فقط . وعليه أرى من المستطاع القول

(١) الزيلعي ج ٢ ص ١٧٦ ، الكاساني ج ٢ ص ٣٣٨ - ٣٣٩ ، الجصاص ج ٣ ص ٤٣٩ . ومعنى من أهل دار الاسلام حكماً أي من تبعها وأن لم يكن موجوداً فيها حقيقة كما سنبينه في بحث المواريت .

بأن الفرقة لا تقع بين الحربيين إذا جاء أحدهما الى دار الإسلام مسلماً إلا بعد أن تحيض المرأة ثلاث حيض ، قياساً على ما قاله الأحناف أنفسهم من أن الزوجين الحربيين في دار الحرب إذا أسلمت الزوجة فإنها لا تبين منه إلا بمرور ثلاث حيض . وعللوا هذا القول بأن عرض الاسلام على الزوج الآخر يتعذر لعدم الولاية على دار الحرب ، فيقام مقام العرض مرور ثلاث حيض إقامة للشرط مقام السبب لتعذره (١) .

كما اني لا أميل الى قول الأحناف في الذمي في هذه المسألة ، بجعله في الحكم كالمسلم . بمعنى أن أحد الزوجين الحربيين لو جاء الى دار الاسلام ذمياً لما وقعت الفرقة بينهما خلافاً لقول الأحناف (٢) . لأن مستند الحنفية في وقوع الفرقة بسبب اختلاف الدارين أمران : الأول - دلالة الآية الكريمة « يا أيها الذين آمنوا اذا جاءكم المؤمنات . الخ » على وقوع الفرقة . والثاني - ما قالوه من فوات مصالح النكاح عند اختلاف الدارين . وكلا الأمرين محل نظر بالنسبة للذمي ، لأن الآية الكريمة أشارت الى أن اختلاف الدارين الناشئ عن اختلاف الدين هو علة الفرقة ، ولم تجعل اختلاف الدارين مطلقاً علة للفرقة ، فلا يصح قياس الذمي على المسلم في هذه المسألة . وأما تعليلهم بفوات مصالح النكاح عند اختلاف الدارين ، فهذا إذا كان صحيحاً فيما مضى ، لتعسر انتقال أحد الزوجين من دار الحرب لملاقاة زوجه الآخر في دار الاسلام ، فإن الانتقال أصبح سهلاً ميسوراً في الوقت الحاضر . ولكن أرى ، إن كانت الزوجة هي التي صارت ذمية وبقي زوجها حرياً في دار الحرب ، أن يكون للزوجة الحق في طلب التفريق للضرر ، إذا أبى الزوج الإقامة في دار الاسلام عن طريق الدخول في الذمة أو الأمان الموقت ، لأن من الضرر بالزوجة إبقاء رابطة الزواج وهي في دار الاسلام وزوجها مقيم في دار الحرب .

(١) الزيلعي ج ٢ ص ١٧٥ .

(٢) الكاساني ج ٢ ص ٣٣٩ .

— ٤٣١ —

٣٦٢ - ما عليه العمل في الوقت الحاضر :

في الجمهورية العربية المتحدة ، إذا تحقق اختلاف الدار ، بالمعنى الذي قال به الأحناف ، بين الزوجين غير المسلمين بأن كان أحدهما ذمياً والآخر حريباً ، أو تحقق اختلاف الدار بين مسلم وزوجته الحرة ، وكان القانون الواجب التطبيق هو الشريعة الإسلامية «المذهب الحنفي» حسبما تشير اليه قواعد الاسناد الوطنية - كما سنبينه فيما بعد - فإن الفرقة تقع بين الزوجين لأن المذهب الحنفي يأخذ باختلاف الدارين كسبب من أسباب الفرقة كما قلنا . وكذلك الحكم في العراق إذا كان القانون الواجب التطبيق هو المذهب الحنفي كما سنبينه فيما بعد .

المبحث السابع

التفريق

للعيب أو لعدم الإنفاق أو للفسية أو للضرر

٣٦٣ - ذكر فقهاء المسلمين حالات يكون فيها للزوجة - وفي بعضها للزوج أيضاً - الطلب من القضاء التفريق بينهما وحل الرابطة الزوجية ، كما في حالة العيب في أحد الزوجين أو لعدم إتمام الزواج على زوجته ، أو لغيبتها ، أو للضرر الواقع منه عليها ^(١) .
وهذه الحالات التي نص عليها الفقهاء لا يختص بها المسلمون فقط بل تسري على غير المسلمين أيضاً إذا ترافعوا الى القاضي المسلم ووجب الحكم بينهم أو اختار القاضي المسلم الحكم بينهم على النحو الذي سنبينه فيما بعد إن شاء الله تعالى .

٣٦٤ - ما عليه العمل الآن :

في الجمهورية العربية المتحدة ، يخضع الذميون ، في أسباب الفرقة (١) انظر فرق الزواج ، المرجع المتقدم ، لاستاذنا الشيخ علي الخفيف ص ٢٦٥ وما بعدها .

لأحكام دياتهم • ومن هذه الأحكام عند الأقباط الأرذوكس أنه يجوز لأحد الزوجين أن يطلب التطلاق : (أ) إذا غاب أحد الزوجين خمس سنوات متتالية بحيث لا يعلم مكانه ولا تعلم حياته من وفاته وصدر حكم بإثبات غيبته • (ب) إذا أصيب أحد الزوجين بجنون مطبق إذا كان قد مضى عليه خمس سنوات وثبت أنه غير قابل للشفاء • أو إذا أصيب الزوج بالعنة وكانت الزوجة في سن يخشى عليها في هذه السن من الفتنة ولم يكن قد مضى على زواجهما خمس سنوات • (ج) إذا أضر أحد الزوجين بالآخر بأن اعتدى على حياته أو اعتاد إيذائه "جسيماً" يعرض صحته للخطر ^(١) • وعند الروم الأرذوكس يجوز لكل من الزوجين طلب التطلاق : إذا غاب الزوج الآخر مدة ثلاث سنوات ، أو إذا أصيب بجنون يخشى منه على حياة الزوج الآخر وثبت أنه غير قابل للشفاء وكان قد مضى على الزواج ثلاث سنوات ، أو إذا اعتدى على حياة الزوج الآخر ^(٢) •

وعند اليهود ، يجوز للزوجة أن تطلب من السلطة المختصة الحكم لها بالتطلاق في بعض الحالات ، منها : (أ) إذا أصيب الزوج بمرض تستحيل معه الحياة الزوجية ولم يشف في مدة معقولة • (ب) إذا اعتاد إيذاءها بالضرب بدون مسوغ شرعي • (ج) إذا لم ينفق عليها ^(٣) •

وإذا اختلف الذميون في الطائفة أو الملة فإن القانون الواجب التطبيق هو المذهب الحنفي على أرجح الأقوال فيه — وما صدر من قوانين في التفريق بين الزوجين ، من ذلك القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ فقد جاء في المادة التاسعة منه : « للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت فيه عيباً

(١) المواد ٥٠ ، ٥٢ ، ٥٣ من قواعد الأحوال الشخصية للأقباط الأرذوكس •

(٢) المواد ٨ ، ١٠ ، ١١ ، من قواعد الأحوال الشخصية للروم الأرذوكس •

(٣) آهاف حسن ص ٢٨٠ — ٢٨١ •

مستحكما لا يمكن البرء منه أو يمكن بعد زمن طويل ولا يمكنها المقام معه إلا بضرر ، كالجنون والبرص والجذام ، سواء أكان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به ، أم حدث بعد العقد ولم ترض به ... الخ » . كما أجاز هذا القانون التفريق بين الزوجين بسبب عدم إتيان الزوج على زوجته ^(١) . والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ وقد نص على جواز التفريق للضرر الواقع من الزوج على زوجته ، أو لغيبة الزوج أو حبسه ^(٢) .

وفي العراق ، يخضع اليهود والمسيحيون في أسباب الفرقة لأحكام دياتهم . ومن هذه الأحكام ، عند اليهود ، أن الزوج « إذا أصيب بالجذام وكان الجماع مضراً به اجبر على طلاقها ودفع صداقها ولا عبرة برضا الزوجة أو علمها بمرضه قبل الزواج بل يحكم بفراقها قسراً » ^(٣) ، وإن الزوج « إذا اعتاد أن يخاصمها ويطردها من بيته عد ناشراً وحكم عليه بطلاقها » ^(٤) . وعند السريان الأرثوذكس « يحكم بالفراق مع بقاء الرابطة الزوجية في الحالات الآتية : ١ — إذا تحقق للمحكمة تعمد أحد الزوجين الإضرار بالآخر ٢٠٠ ٣ — إذا اتفق أحد الزوجين على الإضرار بحياة الآخر أو سكت عن أمر يضر بحياته مع علمه به ... ٥ — وللمحكمة أيضاً أن تحكم بالفراق عند ما تجد ذلك ضرورياً لأسباب طارئة قهرية وفقاً للشرع الكنيسي » ^(٥) .

-
- (١) المواد من ٤ — ٦ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ .
 - (٢) المواد من ٦ — ١٤ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .
 - (٣) المادة ١٦٠ من الأحكام والقواعد الفقهية للطائفة الموسوية في العراق .
 - (٤) المادة ١٦٥ من الأحكام السالفة الذكر .
 - (٥) المادة ٣١ من الأحكام والقواعد الفقهية للطائفة السريان الأرثوذكس .

الفصل الثالث العدة

تمهيد:

٣٦٥ - العدة في الشرع : مدة تربصها المرأة عقب وقوع سبب من أسباب الفرقة ، سواء آكانت فرقة في نكاح صحيح حدث فيه دخول ، أو ما يقوم مقامه من خلوة ، أم فرقة في نكاح فاسد حدث فيه دخول ، أم فرقة بعد وطء بشبهة ، فيمتنع على المرأة أن تتزوج بغير زوجها الأول حتى تنقضي عدتها (١) .

والأصل في وجوبها الكتاب والسنة والاجماع ، فمن الكتاب قوله تعالى : « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » . ومن السنة قوله صلى الله عليه وسلم لفاطمة بنت قيس : « إعتدي في بيت ابن أم مكتوم » وأجمعت الأمة على وجوب العدة في الجملة (٢) .

والحكمة من تشريعها التأكد من براءة الرحم وإظهار الحزن والأسف على الفراق وتهئية فرصة للزوج يتمكن فيها من التروي ومراجعة زوجته إن كانت العدة في طلاق رجعي كما هو الأصل في الطلاق ، والتنويه بعظم شأن الزواج فلا ينتهي إلا بعد انتظار وترويه فيه ومراجعة (٣) .

وسبب وجوب العدة حصول الفرقة بين الرجل والمرأة بطلاق أو غيره إذا كان بعد الدخول ، أو بعد الخلوة الصحيحة في النكاح

(١) فرق الزواج لاستاذنا الشيخ علي الخفيف ص ٣٢٧ - ٣٢٨ .
(٢) المغني ج ٧ ص ٤٤٨ ، والآية في سورة البقرة ج ٢ : الآية ٢٢٨ ، وحديث فاطمة بنت قيس رواه : ابن ماجه ج ١ ص ٦٢٧ ، والنسائي ج ٦ ص ٢٠٨ .

(٣) المغني ج ٧ ص ٤٤٨ ، فرق الزواج لاستاذنا الشيخ علي الخفيف ص ٣٢٨ ، الفقه الاسلامي في الزواج والفرقة وآثارهما لاستاذنا محمد سلام مذكور ص ٢٠٩ - ٢١٠ .

الصحيح^(١) ولا يشترط الدخول لثبوت العدة اذا كانت الفرقة بسبب الوفاة ، فتجب العدة في فرقة الوفاة سواء دخل بها أو لم يدخل لأنها تجب لإظهار الحزن بفوت نعمة النكاح الصحيح وهذا المعنى لا يوجب الفصل بين مدخول بها وغير مدخول بها^(٢) .

ولا تجب العدة على المطلقة قبل ان يمسه زوجها لقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فمتوهن وسرحوهن سراحاً جميلاً » ، ولأن العدة تجب لبراءة الرحم وقد تيقناها هنا فلا تجب العدة ، وعلى هذا إجماع العلماء^(٣) .

٣٦٦ - عدة الذمية أو المستأمنة من مسلم (١) :-

صرح الحنابلة والشافعية والمالكية بوجوب العدة على الذمية اذا وقعت الفرقة بينها وبين زوجها المسلم بطلاق أو بموت أو بغير ذلك من أسباب الفرقة . وعدتها عدة المسلمة ، ويجب عليها فيها ما يجب على المسلمة في العدة كالإحداد على زوجها المتوفى وغير ذلك من أحكام العدة . والدليل على ذلك غوم الآيات القاضية بوجوب العدة على المرأة اذا فارقت زوجها^(٥) .

والحنفية وإن اختلفوا في عدة الذمية من ذمي ، إلا أنهم اتفقوا على وجوب العدة على الذمية اذا كانت زوجة مسلم وتحقق سبب وجوب

(١) الكاساني ج ٣ ص ١٩٢ ، المغني ج ٧ ص ٤٤٩ ، الهداية ج ٣ ص ٢٦٩ - ٢٧٠ .

(٢) الكاساني ج ٣ ص ١٩٢ ، المهذب ج ٢ ص ١٥٥ ، المغني ج ٧ ص ٤٤٩ .

(٣) بداية الجتهد ج ٢ ص ٧٣ ، المغني ج ٧ ص ٤٤٨ ، المهذب ج ٢ ص ١٥٢ ، والآية في سورة الأحزاب ج ٢٢ : الآية ٤٩ .

(٤) المستأمنة اذا تزوجت مسلماً او ذمياً صارت ذمية : المبسوط ج ٥ ص ٥٣ .

(٥) الأم ج ٥ ص ١٩٧ - ١٩٨ ، ٢٠٦ ، كشف القناع ج ٣ ص ٢٥٩ ، المغني ج ٧ ص ٤٤٨ ، ٥١٧ ، المدونة الكبرى ج ٦ ص ١١٦ .

— ٤٣٦ —

العدة كأن طلقها أو مات عنها . ولا خلاف في هذا عندهم سواء أكانت حاملاً أم حائلاً ، وسواء اعتقلت وجوب العدة أو لم تعتقه . ويعلمون ذلك بأن العدة وإن كان وجوبها لحق الله تعالى إلا أن فيها حق الزوج لقوله تعالى : « فما لكم عليهن من عدة تعتدونها » . والزوج ، وهو مسلم ، يعتقد وجوب الاعتداد من نكاحه ، والذمية مخاطبة بحقوق العباد فتجب عليها العدة وتجبر عليها لأجل حق الزوج ، ولحق الولد أيضاً إن كانت حاملاً ، لأنها من أهل إيفاء حقوق العباد ^(١) . وعدتها كعدة المسلمة ^(٢) ، إلا أنه لا يجب عليها الإحداد على زوجها في عدة الوفاة ، لأن الإحداد عبادة بدنية فلا تجب على الكافرة كسائر المبادات من الصوم والصلاة وغيرهما ، بخلاف وجوب العدة عليها ، لأنها اسم لمضي زمان وهذا لا يختلف بالاسلام والكفر ^(٣) . ولكن لو أسلمت في عدة الوفاة لزمها الإحداد فيما بقي من العدة ^(٤) . ولها عند الأحناف أن تخرج من بيت العدة لأن السكنى والقرار في العدة من حق الله تعالى من وجه ، فتكون عبادة من هذا الوجه ، والكفار لا يخلطون بشرائع هي عبادات ، إلا إذا منعها الزوج من الخروج ، لتحسين مائه ، فله ذلك ، ولأن له حقاً في العدة ، فعليها أن تمتنع من الخروج من بيت العدة ^(٥) .

٣٦٧ - عدة الذمية أو المستأمنة من ذمي أو مستأمن :

صرح الشافعية والحنابلة وصاحباً أبي حنيفة ، أبو يوسف ومحمد ، بوجوب العدة على الذمية أو المستأمنة إذا فارقتها زوجها غير المسلم بطلاق أو غيره . وعدتها عدة المسلمة لمعوم الأدلة القاضية بوجوب

(١) الكاساني ج ٣ ص ١٩١ ، الدر المختار ورد المحتار ج ٢ ص ٨٤٥ ، فتح القدير ج ٣ ص ٢٨٩ .

(٢) الكاساني ج ٣ ص ١٩١ ، ١٩٢ ، رد المحتار ج ٢ ص ٨٤٥ .

(٣) الكاساني ج ٣ ص ٢٠٩ ، الدر المختار ج ٢ ص ٨٥٠ .

(٤) رد المحتار ج ٢ ص ٨٥٠ .

(٥) الكاساني ج ٣ ص ٢٠٨ .

العدة على المرأة اذا فارقتها زوجها (١) .

وعند أبي حنيفة لا تجب العدة على الذمية إذا كانت تحت ذمي وطلقها أو مات عنها ولم تكن حاملاً ، إذا كان ذلك كذلك في دينهم أي إذا كان معتقدهم عدم وجوب العدة . حتى لو تزوجها مسلم أو ذمي في فور طلاقها جاز النكاح ، وروي عنه أنه لا يطؤها حتى يستبرئها بحيضة ، كما روي عنه أنه لا يتزوجها إلا بعد الاستبراء . وحجة أبي حنيفة هي أن العدة لو وجبت عليها ، لكان وجوبها : إما لحق الله تعالى ، وإما لحق الزوج . ولا سبيل إلى إيجابها حقاً للزوج ، لأن الزوج لا يعتقدها حقاً لنفسه . ولا وجه إلى إيجابها حقاً لله تعالى لأن العدة فيها معنى القرية والعبادة ، والكافرة غير مخاطبة بالعبادات .

أما إذا كانت الزوجة حاملاً ، فقد قال أبو حنيفة : تعتبر بوضع حملها فلا يباح لها التزوج قبل ذلك ، لأن وطء الزوج الثاني لها يوجب اشتباه النسب ، وحفظ النسب حق الولد ، فلا يجوز إبطال حقه . وإستيفاء حقه هذا إنما يكون بالإمتناع عن التزوج (٢) .

٣٦٨ - **والراجع هو ما ذهب اليه الجمهور** ، لأن الإمام أبا حنيفة رحمه الله تعالى لم يوجب العدة على غير المسلمة إذا لم تكن حاملاً ، مع أنه لا يمكن أن يعرف أن المرأة غير حامل إلا بلزوم العدة عليها ، اللهم إلا إذا كانت الزوجة صغيرة لا يجامع مثلها ولا يتصور الحمل منها . ثم أن في العدة ناحية مادية هي المحافظة على الرحم وحفظ الأنساب وعدم اختلاطها ، وهذه المعاني تستلزم إيجاب العدة على غير المسلمة . وأيضاً فإن العدة تعتبر من النظام العام فلا يصح التساهل فيها ويلزم القول بوجوبها على كل امرأة فارقت زوجها وهي في دار

(١) الأم ج ٥ ص ١٩٧ - ١٩٨ ، ٢٢٠ ، كشف القناع ج ٣ ص ٢٥٩ ، شرح منتهى الإرادات ج ٣ ص ٣٢١ ، الكاساني ج ٣ ص ١٩١ .
(٢) الكاساني ج ٣ ص ١٩١ ، الدر المختار ج ٢ ص ٨٤٥ ، فتح القدير ج ٣ ص ٢٨٩ ، الزيلعي وحاشية الشلبي ج ٣ ص ٣٤ .

الاسلام ولو لم تعتقد وجوبها •

وقد جرى القضاء الشرعي ، في العريية المتحدة ، قبل إلغاء المحاكم الشرعية بالقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ، في أحكامه على الأخذ بمذهب أبي حنيفة من أن الذمية لا عدة عليها • من ذلك حكم محكمة القاهرة الابتدائية الشرعية ، فقد جاء فيه : « ومن حيث أن المنصوص عليه أن طلاق الذمي لزوجه الذمية يقع فتين لا الى عدة متى كانت غير حامل ... » (١) •

والواقع أن هذا الحكم معيب ، لأن قول أبي حنيفة بعدم وجوب العدة على الذمية مقيد بعدم اعتقاد الذمين وجوب العدة عند الفرقة ، فإذا دانوا بها فينبغي أن يكون قوله كقول الصاحبين في وجوبها • يؤيد قولنا هذا ما ذكره صاحب فتح القدير عند قول الهداية : « وإذا تزوج الكافر بغير شهود أو في عدة كافر وذلك في دينهم جائز ثم أسلما أقرا عليه ، وهذا عند أبي حنيفة » ، قال صاحب فتح القدير ، تعليقاً على هذا القول : « ... إن نفي أبي حنيفة العدة هنا إنما هو فيما إذا كانوا لا يعتقدونها ، ومقتضاه إذا كانوا يعتقدون وجوبها ألا يصح ويجب التجديد بعد الاسلام » (٢) ، فهذا القول ، وإن ذكره صاحب فتح القدير عند الكلام عن زواج غير المسلم في العدة ، إلا أنه يصح الاستدلال به في مسألتنا ، لأن قول أبي حنيفة بعدم وجوب العدة على الذمية مبناه اعتقادهم عدم وجوبها ، فإذا اعتقدوها وجبت العدة عند الفرقة وامتنع النكاح فيها • وفي شرح الكنز للزيلعي : « ولو طلق ذمي ذمية لم تعتد وكذا إذا مات عنها زوجها الذمي ، وهذا إذا كانت لا تجب في معتقدهم

(١) حكم محكمة القاهرة الابتدائية الشرعية الصادر في ١٧ سبتمبر سنة ١٩٥٢ والمنشور في مجلة المحاماة الشرعية ، مجلد السنة السادسة والعشرين ص ١١١ وما بعدها .

(٢) الهداية وفتح القدير ، الطبعة الاولى سنة ١٣١٥ هـ ، بمطبعة بولاق ، ج ٢ ، ص ٥٠٢ من الهداية ، و ص ٥٠٤ من فتح القدير .

— ٤٣٩ —

وهو قول أبي حنيفة « (١) • وحيث أن الطوائف المسيحية واليهودية في الوقت الحاضر ، تدين بوجوب العدة عند الفرقة ، و تراها أيضاً مانعاً من موافق الزواج كما ذكرنا (٢) ، فيقتضي أن يكون مذهب أبي حنيفة وجوبها على الذمية كمذهب الصاحبين ، ويلزم الحكم بها في المحاكم •

٣٦٩ — ما عليه العمل الآن :

في العربية المتحدة وفي العراق يخضع الذميون لشرائعهم في قضايا العدة ، وقد ذكرنا انهم يدينون بها ويوجبونها على الزوجة عند الفرقة ويعتبرونها من موافق الزواج • ولكن اذا اختلف الزوجان في الطائفة أو الملة فإن الفقه الحنفي هو الذي يطبق ، في العربية المتحدة ، والعدة لا يوجبها أبو حنيفة ، وبقوله تأخذ المحاكم وقد بينا ما فيه • •

وفي العراق تحكم ديانة الذمين موضوع العدة ، وهي واجبة عند اليهود والمسيحيين كما قلنا من قبل •

وتجب العدة على الذمية من مسلم في جميع الأحوال في العربية المتحدة وفي العراق ، لأن الشريعة الاسلامية هي التي تحكم موضوع العدة في هذه الحالة •

(١) شرح الكنز للزيلعي ج ٣ ص ٣٤ •

(٢) فقرة ٣١٥ ص ٣٦٧ — ٣٧٠ من هذه الرسالة •

الفصل الرابع

ثبوت النسب

تمهيد :

٣٧٠ - من ثمرات النكاح إيجاب الأولاد إبقاء على نوع الانسان ، وهذا هو الغرض الأصلي من تشريع الزواج في الاسلام . وللأولاد حقوق مقررة في الشرع ، منها ثبوت نسب الولد من أبيه . والنسب يثبت بالفراش ، أو الاقرار ، أو البينة .

أولاً - ثبوت النسب بالفراش :

ويراد بالفراش هنا ، الزوجية القائمة حين الحمل ، فإذا كانت الزوجية صحيحة وقائمة فعلاً ، فإن القاعدة هي ثبوت نسب الولد من الزوج ما دامت الزوجية جاءت به لأقل مدة الحمل من حين العقد (١) ، إذا أمكن تصور كونه من الزوج بأن كان بالغاً أو مراهماً . أما تصور إمكان الدخول فليس بشرط عند الأحناف ، وهو شرط عند الجمهور . وقال الشيعة الامامية لا يكفي إمكان الدخول بل لابد من الدخول لحساب أقل مدة الحمل (٢) . وقول الجمهور باشتراط إمكان الدخول هو الصحيح ، لأن النسب في الأصل مبني على الدخول حقيقة ولكن جعل عقد النكاح الصحيح سببه الظاهر ، لأن الدخول أمر باطن فأقيم

(١) وهي ستة أشهر . وقال الشيعة الامامية هي ستة أشهر من حين الوطء : المغني ج ٧ ص ٤٧٧ ، المحلى ج ١٠ ص ٣١٦ - ٣١٧ ، المختصر النافع ص ٢١٦ .

(٢) أحكام الأحوال الشخصية في الفقه الاسلامي للدكتور محمد يوسف موسى ص ٣٦٢ - ٣٦٣ ، المختصر النافع ص ٢١٦ .

مقامه عقد النكاح في إثبات النسب ^(١) ، فإذا ثبت يقيناً عدم الدخول لاستحالة تصور إمكانه ، فلا معنى للتشبيث بما جعل قرينة عليه . وبرأي الجمهور أخذ القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٣٩ في العربية المتحدة ، فقد جاء في مادته الخامسة عشرة : « لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب بولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينهما وبين زوجها من حين العقد ولا لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها من حين العقد ولا لولد وإذا كان النكاح فاسداً فلا حكم له قبل الدخول ، وأما بعده فتتعلق به أحكام ، منها ثبوت النسب ^(٢) . والقاعدة في هذا النكاح هي : إذا جاءت المرأة به لتمام ستة أشهر فأكثر من وقت الدخول ثبت النسب عند الأحناف ، وعند مالك والشافعي وأحمد من وقت العقد . وإن ولدت به لأقل من ذلك لم يثبت النسب للتأكد من انها حملت به من غيره . وإذا فرق بينهما أو تفارقا من أنفسهما ثم جاءت بولد ، فالشرط لثبوت نسبه أن يأتي قبل مضي سنتين من وقت الفرقة ولسته أشهر فأكثر من حين الدخول ^(٣) .

والقاعدة في ولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها هي ثبوت نسبه اذا جاءت به لسنتين فأقل وهذا عند الأحناف ^(٤) ، ولا يختلف الحكم عند غيرهم ما دام الولد قد ولد في حدود أقصى مدة الحمل من وقت الطلاق

(١) الكاساني ج ٢ ص ٣٣١ .

(٢) الكاساني ج ٢ ص ٣٣٥ .

(٣) الكاساني ج ٣ ص ٢١١ ، النسب وآثاره للدكتور محمد يوسف موسى ص ١٣ وما بعدها ، الابياني ج ٢ ص ١٤ وما بعدها .

(٤) هذه هي القاعدة وهناك تفاصيل فيها ، انظر الابياني ج ٢ ص ١٨ وما بعدها .

أو الوفاة (١) .

ثانياً — ثبوت النسب بالإقرار أو البيينة :

يثبت النسب بالإقرار وهو نوعان : الأول — إقرار ليس فيه حمل النسب على الغير وإثماً فيه ثبوت نسب المقر له من المقر ابتداءً ثم يتعداه الى غيره كإقرار شخص بأن فلان ابنه . والثاني — إقرار فيه حمل النسب على الغير كإقرار إنسان أن فلاناً أخوه . فإن فيه حمل نسب المقر له على أبي المقر .

ويشترط لصحة النوع الأول من الإقرار أن يكون المقر له بالنسب مجهول النسب وأن يكون ممكناً أن يولد مثله لمثل المقر ، وان يصدق المقر له على إقراره ، وهذا إن كان مميزاً وإلا فلا يشترط . اما النوع الثاني من الإقرار فيشترط لصحته أن يصدق من حمل النسب عليه . وكما يثبت النسب بالإقرار يثبت أيضاً بالبيينة الشرعية المتبعة وهي

(١) النسب وآثاره ص ٢٠ . ويرى غير الحنفية أن أقصى مدة الحمل تتجاوز السنتين ، حتى أن الحنابلة أوصلوها الى أربع سنوات وبه قال الشافعي وهو مشهور مذهب مالك . والظاهرية جعلوها تسعة أشهر والثيعة عشرة أشهر : المغني ج ٧ ص ٤٧٧ ، المحلى ج ١٠ ص ٣١٦ ، المختصر النافع ص ٢١٦ .

والواقع أن أقصى مدة الحمل لم يرد فيها أثر صحيح ، وإنما صار الفقهاء الى هذه المدد بناء على ما سمعوه ، فليس ما قالوه حجة شرعية ، ولهذا ينبغي الرجوع الى أهل الخبرة ، وهذا ما فعله المشرع المصري عند تقنين المادة ١٥ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، فقد جاء في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة : « ولما كان رأي الفقهاء في ثبوت النسب مبنياً على رأيهم في أقصى مدة الحمل ولم يبين أغلبهم رأيه ذلك إلا على أخبار بعض النساء بأن الحمل مكث كذا سنين ، والبعض الآخر كأمي حنيفة بنى رأيه في ذلك على أثر ورد عن السيدة عائشة يتضمن أن أقصى مدة الحمل سنتان ، وليس في أقصى مدة الحمل كتاب ولا سنة ، فلم تر الوزارة مانعاً من أخذ رأي الأطباء في المدة التي يمكنها الحمل . فأفاد الطبيب الشرعي بأنه يرى أنه عند التشريع يعتبر أقصى مدة الحمل ٣٦٥ يوماً حتى يشمل جميع الأحوال النادرة » .

— ٤٤٣ —

شهادة رجلين أو رجل وأمرأتين (١) .

٣٧١ - ثبوت النسب بالنسبة لغير المسلمين :

قلنا إن أنكحة غير المسلمين صحيحة ويتعلق بها أحكام النكاح الصحيح (٢) . ومن جملة هذه الأحكام ثبوت النسب (٣) ، وقد صرح الامام ابن عابدين بهذا فقال : « ثبت بقية أحكام النكاح في حقهم كالمسلمين مع وجوب النفقة ووقوع الطلاق ونحوهما كعادة ونسب » (٤) .

وحتى على رأي من اعتبر أنكحة غير المسلمين فاسدة ، فإن النسب يثبت فيها اذا حصل فيها وطء وجاءت الزوجة بولد . لأن مبنى ثبوت النسب بالنكاح اعتقاد الزوج صحته وإن كان في نفس الأمر باطلاً ، وفي هذا يقول الإمام ابن تيمية : « فإن المسلمين متفقون على أن كل نكاح اعتقد الزوج أنه نكاح سائغ اذا وطئ فيه فإنه يلحقه فيه ولده وإن كان ذلك النكاح باطلاً في نفس الأمر ، سواء كان النكاح كافراً أو مسلماً . واليهودي إذا تزوج بنت أخيه كان ولده منها يلحقه نسبه ويرثه باتفاق المسلمين ، وإن كان ذلك النكاح باطلاً باتفاق المسلمين » (٥) . ويعزز الامام ابن تيمية قوله هذا بعمل الرسول صلى الله عليه وسلم ، فيقول : « إن رسول الله صلى الله عليه وسلم وخلفاءه الراشدين وسائر أئمة الدين الحقوا أولاد الجاهلية بأبائهم وإن كانت محرمة بالإجماع ولم يشترطوا في لحوق النسب أن يكون النكاح جائزاً في شرع المسلمين » (٦) .

(١) المغني ج ٥ ص ١٨٤ وما بعدها ، الكاساني ج ٦ ص ١٩٨ وما بعدها ، الإبياني ج ٢ ص ٢٤ وما بعدها ، النسب وآثاره ص ٢٢ وما بعدها .

(٢) المغني ج ٦ ص ٦٣٧ .

(٣) الكاساني ج ٢ ص ٣٣١ .

(٤) رد المحتار ، مطبعة بولاق ، الطبعة الثالثة سنة ١٣٢٣ هـ ج ٢ ص ٣٩٥ .

(٥) فتاوى ابن تيمية ج ٢ ص ٨٩ .

(٦) فتاوى ابن تيمية ج ٢ ص ٩٠ .

— ٤٤٤ —

فأنكحة غير المسلمين يثبت بها النسب بلا خلاف بين المسلمين .
وعلى هذا فإن ما قاله الفقهاء عن أقل مدة الحمل وأقصاها ، والمدة التي
إذا جاء الولد خلالها ثبت نسبه فيها ، سواء حين قيام الحالة الزوجية ،
أو بعد الفرقة ، كل هذا يثبت في حق غير المسلمين حسب الحكم الفقهي
الاسلامي ، لأن هذه المدد مبنية على إمكان تصور علوق الزوجة من
زوجها وبقاء الحمل هذه المدة . فهي ، إذن ، لا تختلف باختلاف الدين
بل تثبت بالنسبة للمسلمين وغير المسلمين لأنها من الأمور الطبيعية التي
تسري على كل حمل ولا علاقة لها بالدين .

٣٧٢ — وكما يثبت النسب بالنكاح بالنسبة لغير المسلمين ، يثبت
أيضاً بالإقرار وبالبينة الشرعية ، على النحو الذي ذكرناه في التمهيد .
لأن قواعد الاقرار أو البينة ليس فيهما ما يقتضي تخصيصهما بالمسلمين
دون غيرهم . فهي إذن ، تشمل المسلمين وغير المسلمين ، وبهذا صرح
غير واحد من الفقهاء ، ففي المغني لابن قدامة : « إن كان المقر به يرث
شارك المقر في الميراث ، وإن كان غير وارث لوجود أحد الموانع فيه ثبت
نسبه ولم يرث ، وسواء كان المقر مسلماً أو كافراً » (١) .

وفي البدائع للكاساني : « إذا ادعى الذمي نسب لقيط ثبت
النسب منه ، ويبقى الصغير مسلماً إلا إذا أثبت الذمي نسبه منه بالبينة
فيتبعه في الدين » (٢) .

٣٧٣ — ثبوت النسب عند المسيحيين واليهود :

يثبت النسب عندهم بما يثبت عند المسلمين ، فيثبت بالفراش
وبالإقرار وبالبينة . فقد جاء في قواعد الأحوال الشخصية للأقطاب
الأرثوذكس في المادة ٨٢ : « أقل الحمل ستة أشهر وأكثرها عشرة أشهر
بحساب الشهر ٣٠ يوماً » ونصت المادة ٨٣ على أنه « إذا ولدت الزوجة

(١) المغني ج ٥ ص ١٨٥ .

(٢) الكاساني ج ٦ ص ٢٥٢ ، المبسوط ج ١٧ ص ١٢٦ وما بعدها .

ولداً في تمام الستة أشهر فصاعداً ثبت نسبه للزوج « (١) . وجاء في الإرادة الرسولية للكاتوليك في الفقرة الثانية من المادة ١٠٤ : « يقدر الأولاد شرعيين اذا ولدوا بعد مائة وثمانين يوماً على الأقل من تاريخ عقد الزواج أو ثلاثمائة يوماً على الأكثر من تاريخ انحلال المعيشة الزوجية » (٢) .

وعند الاسرائيليين ، كما جاء في المادة ٢٨٩ من كتاب ابن شمعون ، « أقل مدة الحمل سبعة أشهر وغالبها تسعة وأقصاها سنة » . ومعنى هذا أن الزوجة اذا جاءت بولد لأقل من سبعة أشهر من تاريخ العقد لم يثبت نسبه من الزوج ، واذا جاءت به لأكثر من سنة من تاريخ الطلاق أو الوفاة لم يثبت نسبه منه أيضاً .

ويثبت النسب أيضاً بالإقرار وبالبينة ، فقد نصت المادة ٩٧ من قواعد الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس : « إقرار الأب بالبنوة دون إقرار الأم لا تأثير له إلا على الأب والعكس بالعكس » . إلا أنه يشترط لصحة الإقرار الذي يثبت فيه نسب المقر له من المقر ابتداءً ، جملة شروط أولها — أن يكون المقر له مجهول النسب . وثانيها — أن يكون المقر له ممن يولد مثله لمثل المقر ، بمعنى ألا يكون الظاهر يكذب هذا الأخير كأن يكون المقر والمقر له متساوين في السن ، وعلى هذا نصت المادة ٩٥ من قواعد الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس فقد جاء فيها : « إذا أقر الرشيد العاقل ببنة مجهول النسب وكان في سنه بحيث يولد مثله لمثله يثبت نسبه منه وتلزمه نفقته وتربيته » . والشرط الثالث أن يصادق المقر له المقر إن كان أهلاً للمصادقة فإن لم يكن

(١) ويجوز للزوج نفي نسب الولد اذا كان يستحيل عليه مادياً الاتصال بزوجه في مدة الحمل ، وعلى هذا نصت المادة ٨٤ من قواعد الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس : « ومع ذلك يكون للزوج أن ينفي الولد اذا أثبت أنه في الفترة بين اليوم السابق على الولادة بعشرة أشهر واليوم السابق عليها بستة أشهر كان يستحيل عليه مادياً ان يتصل بزوجه ... الخ » .
(٢) نمرّ وجبشي ص ٢٦٧ — ٢٦٨ .

— ٤٤٦ —

مميزاً فإنه يعتبر في حكم المصادق لأن من مصلحته أن يكون ثابت النسب . وعلى هذا نصت المادة ٩٦ من قواعد الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس (١) . وأما في الإقرار الذي فيه تحصيل النسب على الغير كالأقرار لفلان بالأخوة ، فلا يثبت به النسب على من حمل عليه إلا أن يصادق هذا الأخير المقر (٢) .

ويأخذ اليهود أيضاً بالإقرار فقد جاء في كتاب ابن شمعون في المادة ٣٠٣ : « إذا أقر انسان ببنوة أو أخوة أو عمومة أو ما أشبه ووافقه المقر له نفذ الإقرار شرعاً » .

وكما يثبت النسب بالإقرار يثبت بالبينة أيضاً ، ومن البينة عند الأقباط الأرثوذكس ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة المائة من قواعد أحوالهم الشخصية فقد جاء فيها : « يجوز الحكم بثبوت النسب في حالة ثبوت وجود خطابات أو محررات أخرى صادرة من الأب المدعى عليه تتضمن اعترافاً بالأبوة اعترافاً صريحاً » (٣) .

٣٧٤ - ما عليه العمل الآن -

في العربية المتحدة ، تطبق على مسائل ثبوت النسب بالنسبة للذمين ، المتحدي الطائفة والملة ، أحكام شرائعهم الدينية التي ذكرنا بعضها في الفقرة السابقة . وعند اختلافهم في الطائفة أو الملة يطبق المذهب الحنفي ، على أرجح الأقوال فيه ، وما صدر من تقنينات بشأن ثبوت النسب ، من ذلك ما جاء في المادة ١٥ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ : « لا تسمع عند الانكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلافي بينها »

(١) المادة ٩٦ نصت على انه : « اذا ادعى مجهول النسب على رجل بالأبوة او على امرأة بالأمومة وكان يولد مثله لمثل المدعي عليه وصدقه هذا الأخير فقد ثبتت أبوتها له ، ويكون عليه ما للأبوين من الحقوق ، وله عليهما ما للأبناء من النفقة والحضانة والتربية » .

(٢) نمرٌ وحشي ص ٢٦٩ - ٢٧٠ .

(٣) المرجع السابق ص ٢٧٠ .

— ٤٤٧ —

وبين زوجها من حين العقد ، ولا لولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها ، ولا لولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها إذا أتت به لأكثر من سنة وقت الطلاق أو الوفاة » .

وفي العراق نصت المادة الحادية والخمسون من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ على ما يأتي : — ينسب ولد كل زوجة الى زوجها بالشرطين التاليين :—

١ — أن يمضي على عقد الزواج أقل مدة الحمل .

٢ — أن يكون التلاقي بين الزوجين ممكناً .

فهذه المادة اشترطت لثبوت النسب بالفراش مضي أقل مدة الحمل على عقد الزواج . ولم تبين صفة هذا العقد من كونه صحيحاً أو فاسداً ، ولهذا يمكن حمله على الاثنين . كما أنها لم تبين أقل مدة الحمل ، فينبغي حمله على ما هو المقرر في الفقه الحنفي وغيره ، من أن أقل مدة الحمل ستة أشهر . واشترطت المادة أيضاً إمكان التلاقي بين الزوجين وهذا ما اشترطه الفقهاء من غير الحنفية ، وهو الراجح .

ونصت المادة الثانية والخمسون في الفقرة الأولى منها ، والمادة الثالثة والخمسون من القانون العراقي المذكور ، على ثبوت النسب بالإقرار ، فقالت الأولى : « الإقرار بالبنوة ولو في مرض الموت لمجهول النسب يثبت به نسب المقر له إذا كان يولد مثله لمثله » . وقالت الثانية : « إقرار مجهول النسب بالأبوة أو بالأمومة يثبت به النسب إذا صدق المقر له وكان يولد مثله لمثله » .

فهذه الأحكام التي تضمنها قانون الأحوال الشخصية العراقي تسري على جميع العراقيين من مسلمين وغير مسلمين عملاً بالمادة الثانية منه ، إذ جاء في فقرتها الأولى : « تسري أحكام هذا القانون على العراقيين إلا من استثنى بقانون خاص » . ومسائل النسب لم تستثن بقانون خاص ، فتسري على الجميع .

— ٤٤٨ —

٣٧٥ - ما نقتصره في مسألة ثبوت النسب :

من عرض الأحكام المقررة في ثبوت النسب ، في الفقه الاسلامي وفي شرائع غير المسلمين من يهود ومسيحيين ، تبين لنا أن هذه الأحكام متشابهة فيما بينها الى حد كبير ، ولهذا أرى تقنين الأحكام الخاصة بمسائل ثبوت النسب والمقررة في الشريعة الاسلامية - بعد اختيارها من مختلف المذاهب الاسلامية - وجعلها قانوناً عاماً بالنسبة الى جميع المواطنين في الجمهورية العربية المتحدة من مسلمين وغير مسلمين .

الفصل الخامس

الولاية على النفس والمال

تمهيد :

٣٧٦ - الولاية في الشريعة الاسلامية سلطة شرعية على النفس أو على المال يترتب عليها نفاذ التصرف فيهما شرعاً . وثبتت للانسان في نفسه وفي ماله ، كما قد ثبتت له في مال غيره أو على نفسه ^(١) . والولاية في مال الغير أو على نفسه هي التي نريدها في بحثنا هذا .

والولاية على النفس ، بمعناها العام ، تتضمن ضروباً عديدة من القيام على نفس المولى عليه كولاية الحضانة وهي ولاية ضم الصغير في سن معينة والقيام على شؤونه فيها من تربيته وتأديب - وولاية ضمه بعد هذه السن الى من له الولاية على النفس لإتمام تربيته وتوجيهه ، وولاية تزويجه ^(٢) . وضم الصغير الى من له الولاية على النفس يسمى حضانة أيضاً عند الفقهاء كما سنذكره .

والولاية على مال الغير تثبت بسبب من أسباب هذه الولاية كصغر المولى عليه أو جنونه وغير ذلك من أسباب الولاية المالية على الغير .

وعلى هذا اقسام هذا الفصل الى مبحثين :

المبحث الأول - للكلام عن الحضانة ، كضرب من ضروب الولاية على النفس ، بالنسبة للذمين والمستأمنين . أما ولاية التزويج بالنسبة لهم فقد تكلمنا عنها عند الكلام عن النكاح بينهم وبين المسلمين ^(٣) .

المبحث الثاني - للكلام عن الولاية على المال .

(١) النيابة عن الغير في التصرف لاستاذنا الشيخ علي الخفيف ص ٧ .

(٢) المرجع المتقدم ص ٩ .

(٣) فقرة ٣٠٠ ، ص ٣٤٨ - ٣٤٩ من هذه الرسالة .

لِمَبْجِثِ الْأَوَّلِ

الحضانة

تمهيد:

٣٧٧ — الحضانة شرعاً هي تربية الولد ممن له حق الحضانة (١) .
 وبيان ذلك : أن الطفل يحتاج — منذ ولادته — الى من يقوم
 بتربيته وتنشئته وحفظه والقيام على شؤونه الى أن يستغني عن ذلك .
 وأولى الناس بحضانة الطفل أمه ، لأنها أكثر الناس شفقة عليه وقدرة
 على تربيته ، فيثبت لها حق الحضانة عليه أولاً ثم من بعدها لمحارمه من
 النساء ، ويتقدم منهن الأقرب فالأقرب : فتتقدم بعد الأم أم الأم ثم أم
 الأب الخ ، فإذا لم يوجد من النساء من لها حق الحضانة أو
 وجدت وكانت ساقطة الحضانة لعدم أهليتها ، فحق الحضانة ينتقل الى
 العصابات بترتيب ارثهم ، فيتقدم الأب ثم الجد الصحيح وإن علا ، ثم
 الأخ الشقيق . . . الخ . وإذا لم يكن للطفل عصة فحق الحضانة ينتقل
 الى ذوي الأرحام وهم الأقارب من الرجال المحارم كالأخ من أم والخال
 ونحوهما . وتستمر حضانة الطفل من قبل الأم وغيرها ممن ذكرنا حتى
 يستغني الطفل عن النساء ، وقدر ذلك يبلوغ سن السابعة من عمره
 بالنسبة للغلام ، وبالنسبة للصغيرة حتى تحيض وقدر بتسع سنوات ،
 وبهذا يفتى عند الحنفية . ثم تصير الحضانة بعد هذه السن الى العصة
 من الرجال ، فينزع الصغير من حاضنته ويضم الى عصبته ، وهذا الضم

(١) رد المحتار ج ٢ ص ٨٧١ . فتح العزيز ج ١٥ ص ١٢٠ .

يسمى أيضاً حضانة ، وتستمر هذه الحضانة الى وقت البلوغ (١) .
وتستحق الحضانة أجرة الحضانة إن لم تكن أمّاً للصغير ، فإن
كانت فلها الأجرة أيضاً بعد انقطاع الزوجية ، وليس لها الأجرة حال
قيام الزوجية أو في عدة الطلاق الرجعي ، أما في عدة الطلاق البائن فلها
الأجرة (٢) .

٣٧٨ - الحضانة بالنسبة للذمين والمستأمنين :

الصغار سواء كانوا مسلمين أو غير مسلمين يحتاجون الى من
يحضنهم ، ولهذا صرح الحنفية بأن أهل الذمة في الحضانة بمنزلة أهل
الإسلام ، وعللوا ذلك بأن حق الحضانة ثبت نظراً للصغير ورعاية
مصلحته ، وهذا المعنى لا يختلف بالاسلام والكفر (٣) .

والحنفية وإن لم يصرحوا بأن المستأمنين في الحضانة بمنزلة أهل
الاسلام ، كما قالوا بالنسبة للذمين ، إلا أنهم ، في الواقع ، لا يختلفون
عن الذمين في الحضانة ، لأن المستأمن غير مسلم ، والمعنى الذي وجبت
الحضانة من أجله لا يختلف بالاسلام والكفر كما قال الأحناف أنفسهم ،
ولأن صغار المستأمن بحاجة الى من يحضنهم كصغار المسلمين والذمين ،
ولأن الأصل عند الحنفية هو أن المستأمن كالذمي في دار الاسلام ، ولهذا
كله تقول أن المستأمنين كأهل الذمة في الحضانة . ويؤيد ما قلناه أن

(١) الكاساني ج ٤ ص ٤١ وما بعدها ، وقد جاء في ص ٤١ منه :
« فالحضانة تكون للنساء في وقت وتكون للرجال في وقت . . » ،
وفي ص ٤٢ منه : « . . . وأما التي « أي الحضانة » للرجال . . . فاما
وقتها فما بعد الاستغناء في الغلام الى وقت البلوغ ، وبعد الحيض
في الجارية . . . الى وقت البلوغ » . فتح القدير ج ٣ ص ٣١٦
وما بعدها ، الزيلعي ج ٣ ص ٤٦ وما بعدها ، الدر المختار ورد
المحتار ج ٣ ص ٨٧٧ وما بعدها . ويراجع في الحضانة ومن لهم
هذا الحق وترتيبهم في الحضانة عند غير الحنفية كالحنابلة والشافعية ،
المغني ج ٧ ص ٦١٣ وما بعدها ، المهذب ج ٢ ص ١٨١ وما بعدها ،
مغني المحتاج ج ٣ ص ٤٥٢ .

(٢) الابياني ج ٢ ص ٧٣ - ٧٤ .

(٣) الكاساني ج ٤ ص ٤٢ ، جامع أحكام الصغار ج ١ ص ٩٩ .

الحنفية قالوا — في أثناء كلامهم عن حق الأم الحاضنة في الخروج بولدها من محل الحضانة — إذا كان الزوجان مستأمنين في دار الاسلام ووقعت الفرقة بينهما فإن للمستأمنة الحق في الخروج بولدها الى وطنها في دار الحرب الذي جرى فيه عقد النكاح ^(١) . وهذا يدل بوضوح على أن حق الحضانة كما يثبت لأهل الذمة ، يثبت كذلك للمستأمنين .

٣٧٩ — الحضانة بين المسلمين وغير المسلمين :

عند الحنفية ، اختلاف الدين لا يؤثر في حق الحضانة للنساء اذا ما توافرت الشروط اللازمة في المرأة الحاضنة سواء آكانت أمًا أم غيرها ، ولهذا قال الحنفية إن الذمية أجق بالصغير المسلم ، إذا ما توافرت فيها شروط الحضانة ، فهي في هذا الحق كالمسلمة . وعللوا ذلك بأن الشفقة المطلوبة في الحضانة على المحضون لا تختلف باختلاف الدين ^(٢) . وعلى هذا فحضانة النساء للصغير تثبت بين المسلمين وغير المسلمين ، كما تثبت بين غير المسلمين فيما بينهم .

ولكن حق الذمية في حضانة الصغير المسلم يسقط اذا ما تحقق أحد الأمرين التاليين :-

الأول — إذا كان الصغير يعقل الدين ، وقالوا ينبغي تقديره بسبع سنين لصحة إسلام الصغير في هذه السن .

الثاني — إذا خيف على الصغير أن يآلف الكفر ، كما لو أخذت الذمية الحاضنة تلقته تعاليم دينها أو تتردد به الى معابدها ، أو تغذيه بلحم الخنزير أو تسقيه الخمر ونحو ذلك .

فإذا تحقق أحد هذين الأمرين ، نزع الصغير من حاضنته غير المسلمة وضم الى ناس صالحين من المسلمين . لأن تسليم الصغير الى

(١) الكاساني ج ٤ ص ٤٥ ، فتح القدير ج ٣ ص ٣١٩ ، رد المحتار ج ٢ ص ٨٨٥ .

(٢) فتح القدير ج ٢ ص ٣١٤ ، الدر المختار ورد المحتار ج ٢ ص ٨٨٠ ، الإبياني ج ٢ ص ٦٦ .

حاضنته إنما كان إبتغاء منفعته ورعاية مصلحته ، وليس من مصلحته بقاؤه في حضانة غير المسلمة في هاتين الحالتين ، لاحتمال تشبته على غير الاسلام وإبعاده عنه وفي هذا أعظم الضرر عليه ، فكان لابد من نزعها من حاضنته غير المسلمة وضمه الى من يرعاه من المسلمين دفعاً لهذا الضرر المتوقع عنه ^(١) . وعلى هذا جرى القضاء الشرعي المصري « العربي » في أحكامه ^(٢) .

٣٨٠ — ولكن اذا آلت الحضانة الى العصابات ، فلا بد في هذه الحالة من اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون لثبوت حق الحضانة ، لأن حق الحضانة بالنسبة للعصابات مبني على التعصيب الذي يستحق به العاصب الإرث ، ولا إرث مع إختلاف الدين فلا حضانة . وعليه فإذا كان للصغير الذمي أخوان أحدهما مسلم والآخر ذمي فالحضانة تكون للأخ الذمي دون الأخ المسلم . وكذلك إذا كان الصغير مسلماً وله اخوان أحدهما مسلم والثاني ذمي فالحضانة للأخ المسلم دون الأخ الذمي ^(١) . وينبغي على هذا ، أن الحضانة للعصابات لا تثبت بين

(١) الكاساني ج ٤ ص ٤٢ ، الهداية وفتح القدير ج ٣ ص ٣١٧ ، الدر المختار ورد المحتار ج ٢ ص ٨٨٠ .

(٢) حكم محكمة العطارين الجزئية الشرعية بتاريخ ٢٠ نيسان ١٩٤٨ المنشور في مجلة المحاماة الشرعية بمصر عدد ٧ و ٨ من مجلد السنة العشرين ٤٨ — ٤٩ ، ص ٣٣٧ وما بعدها ، وقد جاء في هذا الحكم ما يأتي : ان الذمية احق بولدها المسلم ما لم يعقل الأديان أو يخاف عليه من أن يالف الكفر ولو لم يعقل الأديان وانها (أي الأم الحاضنة) تبتعاً لتقاليد مذهبها ظلت تتردد على الكنيسة بالبنات وتلقنهن الديانة المسيحية المارونية مع علمها بأن الأب مسلم ، وهذا الصنيع منها أكثر ضرراً واشد حرجاً للاسلام وأبلغ من إيلاف البنات لهذه الديانة من الخوف الذي ذكرناه آنفاً ، واعتناق الكفر بدل الاسلام ، فلا تؤمن عليهن وينتزعن منها

(٣) الكاساني ج ٤ ص ٤٢ ، الابياني ج ٢ ص ٧١ ، وانظر المادة ٣٨٥ من مجموعة قدرى باشا في الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية على مذهب أبي حنيفة وقد جاء فيها : ويشترط في العصبية اتحاد الدين فإذا كان للصبي الذمي أخوان أحدهما مسلم والآخر ذمي يسلم للذمي لا للمسلم .

المسلمين وبين غير المسلمين من ذميين أو مستأمنين .

أما إذا انتقل حق الحضانة الى الرجال المحارم من غير العصبية ، فإن الحنفية لم يشترطوا ، لثبوت حق الحضانة ، اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون ^(١) ، بينما نجدهم يشترطونه في حق العصبية إذا آل اليهم حق الحضانة . والسبب كما يظهر لي ، هو أن ثبوت حق الحضانة للرجال المحارم من غير العصبية إنما يثبت لهم بناء على محض القرابة المحرمة أي بوصفهم من محارم الصغير ، وهذا الوصف لا يستلزم اتحاد الدين ولا يزول بزواله . أما بالنسبة للعصبية ، فثبوت حق الحضانة لهم بوصفهم عصبية ، وهذا الوصف لا يبقى مع اختلاف الدين ، فكان الشرط لثبوته لهم اتحاد الدين ، ولهذا يقول الإمام الكاساني معللاً شرط اتحاد الدين بالنسبة للعصبية : « ... ومنها اتحاد الدين ، فلا حق للعصبية في الصبي إلا أن يكون على دينه . كذا ذكر محمد ، وقال : هذا قول أبي حنيفة وقياسه ، لأن هذا الحق لا يثبت إلا للعصبية ، واختلاف الدين يمنع التعصيب . وقد قالوا : في الأخوين إذا كان أحدهما مسلماً والآخر يهودياً والصبي يهودي : إن اليهودي أولى به ، لأنه عصبية ، لا المسلم » ^(٢) .

ولكن لنا أن نقول : إذا زال وصف العصبية عند اختلاف الدين ، فإن وصف المحرمة في بعض العصبية لا يزول ، فيقتضي أن يثبت لهؤلاء حق الحضانة بوصفهم من محارم الصغير لا بوصفهم من العصبية .

٢٨١ - قول غير الحنفية في الحضانة بين غير المسلمين ، وبينهم وبين المسلمين :

قال غير الحنفية ، كالحنابلة والشافعية والشيعة الامامية والزيدية ،

(١) الأبياني ج ٢ ص ٧١ ، ٧٢ ، المادة ٢٨٦ من مجموعة قدري باشا .

(٢) الكاساني ج ٤ ص ٤٣ .

لا تجوز حضانة غير المسلم للمسلم • واحتجوا بأن الحضانة ولاية ، كولاية النكاح ، فلا تثبت لغير المسلم على المسلم ، وبأن الحضانة إذا لم تثبت للمسلم الفاسق فعدم ثبوتها لغير المسلم أولى لأن ضرر المخالفة في الدين أكثر من ضرر الفسق لما في المخالفة في الدين من الفتنة عن دين الاسلام ، وبأن الحضانة إنما تثبت لمصلحة الصغير فلا تشرع على وجه فيه تفويت هذه المصلحة وتجلب أعظم الضرر على الصغير في دينه • ولم يستثنوا من قولهم هذا أمًّا ولا غيرها ، فعندهم لا بد أن يكون الحاضن مسلماً ما دام المحضون مسلماً • أما إذا كان المحضون غير مسلم ، فقد قالوا بجواز الحضانة لغير المسلم ^(١) •

٢٨٢ - القول الراجح :

والقول الراجح هو قول الحنفية - عدا ما رجحناه فيما يتعلق بحق العصبية في الحضانة - نظراً لما استدلل به الأحناف ، ولأن خوف الفتنة على الصغير في دينه متتفية بالقيود التي اشترطها الحنفية لثبوت حضانة غير المسلمة للصغير المسلم • ومما يؤيد هذا القول الذي ذهب إليه الأحناف ما جاء في الحديث الشريف الذي أخرجه النسائي عن عبد الحميد بن جعفر عن أبيه عن جده رافع بن سنان : « أنه أسلم وأبت امرأة أن تسلم فجاء يابن لهما صغير لم يبلغ ، فأجلس النبي صلى الله عليه وسلم الأب ههنا والأم ههنا ، ثم خيرته وقال : اللهم اهده • فذهب الى أبيه » • وقد أخرج هذا الحديث ، أبو داود بهذا السند عن رافع ابن سنان : « أنه أسلم وأبت امرأته أن تسلم فأنت النبي صلى الله عليه وسلم ، فقالت : ابنتي وهي فطيم ، وقال رافع : ابنتي • فأقعد النبي صلى

(١) المغني ج ٧ ص ٦١٣ ، كشف القناع ج ٣ ص ٣٢٨ ، شرح منتهى الارادات ج ٣ ص ٣٦٤ ، متن المنهاج ومغني المحتاج ج ٣ ص ٤٥٤ - ٤٥٧ ، المهذب ج ٢ ص ١٨١ ، الاقتناع في حل الفاظ أبي شجاع ج ٢ ص ١٥٠ ، الأحكام الجعفرية في الأحوال الشخصية ص ٩٩ • فتح العزيز ج ١٥ ص ١٢٠ - ١٢١ ، البحر الزخار ج ٣ ص ٢٨٤ - ٢٨٥ •

— ٤٥٦ —

الله عليه وسلم الأم ناحية ، والأب ناحية ، وأقعد الصبي بينهما ، وقال لهما : ادعواهما فمالت الصبية الى أمها ، فقال عليه السلام : اللهم اهدها ، فمالت الى أبيها فأخذها » (١) .

ووجه الدلالة بهذا الحديث الشريف هو أن النبي صلى الله عليه وسلم خير الصغير المسلم بين أمه الكافرة وبين أبيه المسلم ، ولو لم يكن لأمه الكافرة حق في الحضانة وأنه تجوز حضانتها للمسلم ، ولو أنها كافرة ، لما خيرته النبي صلى الله عليه وسلم بينهما .

٢٨٢ - الحضانة في شرائع غير المسلمين :

يثبت حق الحضانة للأم ثم لمحارمه من النساء كالجددة والأخوات وبناتهن والخالات والعمات ... الخ ، فإن لم توجد واحدة ممن ذكرن فالحضانة تنتقل الى الأقارب الذكور فيقدم الأب ثم الجد لأبيه ... الخ . وهذا ما نصت عليه قواعد الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس (٢) .

أما طائفة البروتستانت ، فعندهم الحضانة للأم ثم للأم الأم ثم للأب ثم للأقرب فالأقرب من أقرباء الأب ثم من أقرباء الأم . وأما الكاثوليك فالحضانة عندهم للأم ثم لمن يليها في القرابة من جهتها بشرط أن لا تتعدى القرابة الدرجة الثالثة . يلي أقارب الأم العصابات بترتيب الأولوية في الميراث (٣) .

والسن التي تنتهي عندها الحضانة عند الأقباط الأرثوذكس هي بلوغ الصبي تسع سنين وبلوغ الصبية إحدى عشرة سنة . وعند

(١) نصب الرأية ج ٣ ص ٢٦٩ - ٢٧٠ ، سنن أبي داود ج ٣ ص ١٥٩ . وقد قال ابن قدامة الحنبلي : ان في اسناد هذا الحديث مقالا وأنه لا يثبت أهل النقل : المغني ج ٧ ص ٦١٣ . ولكن يجاب على قول ابن قدامة ، بأن الحاكم رواه في المستدرک وقال : صحيح الاسناد ولم يخرجاه . وان عبد الحميد بن جعفر ثقة هو وابوه ، ورافع بن سنان معروف : نصب الرأية ج ٣ ص ٢٧٠ - ٢٧١ .

(٢) المادة ١٢٢ والمادة ١٢٣ من قواعد الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس في الجمهورية العربية المتحدة .

(٣) نمر وحبشي ص ٢٧٤ .

البروتستانت تنتهي الحضانة ببلوغ السنة التاسعة للذكر والأثني ، وكذلك الحكم عند الكاثوليك (١) .

وقد اشترطت قواعد الأقباط الأرثوذكس أن يكون الحاضن مسيحياً سواء أكان رجلاً أم امرأة ، فقد جاء في المادة ١٢٤ من قواعد الأحوال الشخصية : « يشترط في الحاضنة ... وفي الحاضن ... ويشترط في كليهما أن يكون مسيحياً » .

وأجرة الحضانة يتحملها الأب ، إلا أن الأم لا تستحقها حال قيام الزوجية وتستحقها إن كانت مطلقة (٢) .

وعند اليهود ، الأم أولى بحضانة الإبن حتى يتم ست سنوات ، والبنت حتى تتزوج (٣) . فإذا لم توجد الأم فالحضانة للأب ، فإن لم يوجد فلام الأب ثم لام الأم (٤) . وتجوز مخالفة هذه القواعد إذا اقتضت مصلحة الصغير ذلك ، فقد جاء في المادة ٤١٠ من كتاب ابن شمعون : « للسلطة الشرعية في جميع الأحوال أن ترى رأيها المناسب لمقتضى الأحوال فيمن يكون أصلح للحضانة من غيره » .

وليس للحاضن أجرة عن الحضانة وإنما للمحضون النفقة ويلزم بها الأب ، فقد جاء في المادة ٤٠٩ من كتاب ابن شمعون : « الحضانة لا أجر لها ، وإنما للرضيع أو المحضون النفقة شرعاً » ولصت المادة ٤٠١ من هذا الكتاب على أن : « نفقة الحضانة على الأب بقدر ميسرته ومنزلته بين الناس » .

وفي العراق نصت قواعد الأحوال الشخصية للسريان الأرثوذكس على أن مدة الحضانة للولد سبع سنوات وللبنت تسع سنوات .

(١) المرجع السابق ص ٢٧٣ .

(٢) المادتان ١٢٩ ، ١٣٠ ، من قواعد الأقباط الأرثوذكس الشخصية .

(٣) المادة ٣٩١ من كتاب ابن شمعون .

(٤) المواد ٣٩٢ ، ٤٠٢ ، ٤٠٤ من كتاب ابن شمعون .

— ٤٥٨ —

نصت على أن الحضانة تكون للأم إلا إذا كانت متعدية وطلقت • وإذا سقطت حضانة الأم انتقلت إلى الأب إذا لم يكن سيء السيرة أو متعدياً عند فسخ النكاح • وعند عدم وجود الأم والأب يقوم مقامها أولياؤهما • وللمحكمة الدينية الطائفية أن تمهد بالحضانة إلى من ترى فيهم الأمانة وحسن السيرة إذا كان من وجبت له الحضانة غير مأمون على الصغير (١) •

٣٨٤ - ما عليه العمل الآن :

في العربية المتحدة ، إذا اتحد الذميون في الطائفة والملة طبقت عليهم أحكام شرائعهم الدينية ، وإذا اختلفوا في الملة أو الطائفة طبق عليهم الراجح من أقوال المذهب الحنفي والمقنن من أحكام الحضانة ، من ذلك ما جاء في المادة العشرين من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ : « للقاضي أن يأذن بحضانة النساء للصغير بعد سبع سنين إلى تسع سنين ، وللصغيرة بعد تسع سنين إلى إحدى عشرة سنة ، إذا تبين أن مصلحتهما تقتضي ذلك » •

وفي العراق نص قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ في الفقرة الأولى من المادة ٥٧ على أن : « الأم النسبية أحق بحضانة الولد وتربيته حال قيام الزوجية وبعد الفرقة » • ومعنى ذلك أن الأم ، مسلمة كانت أو غير مسلمة ، أحق بالصغير سواء أكان مسلماً أم غير مسلم ، وهذا هو المقرر في الفقه الحنفي • ونصت الفقرة الخامسة من هذه المادة على أن : « للقاضي أن يأذن بتحديد حضانة الصغير إذا تبين أن مصلحته تقتضي ذلك » •

وهذه الأحكام التي جاء بها القانون العراقي ، وأحكام الشريعة الإسلامية فيما لم ينص عليه القانون من مسائل الحضانة ، هي الأحكام

(١) المواد من ٣٦ - ٤١ من قواعد السريان الأرثوذكس في الأحوال الشخصية في العراق .

— ٤٥٩ —

المطبقة بالنسبة للمسلمين وغير المسلمين ، لأن الحضانة بالنسبة لغير المسلمين في العراق لم تستثن بقانون خاص حتى تخضع لأحكام دياتهم كما سنبينه فيما بعد .

٣٨٥ - ما نقترحه في مسألة الحضانة :

الواقع أن الحضانة يراد بها مصلحة الصغير ، وليس فيها شيء من معنى العبادة ، ولا علاقة لها بالعقيدة . وعليه أرى تقنين أحكام الحضانة في الشريعة الإسلامية - بعد اختيارها من مختلف المذاهب الإسلامية - وجعلها قانوناً عاماً لجميع المواطنين في العربية المتحدة من مسلمين وغير مسلمين . وقد لاحظنا أن أحكام الحضانة عند الأقباط الأرذوكس تشبه إلى حد كبير أحكام الحضانة المقررة في الفقه الإسلامي .

لِمَبْحَثُ الثَّانِي

الولاية على المال

تمهيد :

٣٨٦ - إذا كان الإنسان بالغاً عاقلاً رشيداً فلا ولاية لأحد عليه في ماله . أما إذا لم يكن كذلك كالصغير والمجنون والمعتوه وذو الغفلة والسفيه ، فالولاية المالية على هؤلاء تكون لمن تثبت لهم هذه الولاية شرعاً كالأب أو وصيه ، والجد أو وصيه ، والقاضي أو وصيه . وهؤلاء الأولياء يقدم بعضهم على بعض حسب حال المولى عليه ^(١) . فالولاية

(١) الكاساني ج ٥ ص ١٥٥ ، رد المحتار ج ٢ ص ١٥١ ، الزيلعي وحاشية الشلبي ج ٥ ص ١٩٦ ، المغني ج ٤ ص ٤٧١ ، كشف القناع ج ٢ ص ٢٢٣ وما بعدها ، شرح منتهى الإرادات ج ٢ ص ١٥٤ ، شرح منهج الطلاب وحاشية البجيرمي ج ٢ ص ٤٣٦ وما بعدها ، الشرح الصغير للدردير ج ٢ ص ١٣٠ - ١٣١ .

المالية على الصغير تثبت للأب باتفاق الفقهاء ، ولكنهم اختلفوا فيمن تثبت له بعد الأب . فذهب الحنفية الى أنها تكون بعد الأب لوصيه ثم لوصي وصيه وهكذا ، فإذا لم يكن وصي كانت للجد الصحيح أبي الأب وإن علا ثم لوصي الجد ثم لوصي وصيه وهكذا ، فإذا لم يكن جد ولا وصي جد كانت للقاضي أو وصيه الذي يقيمه . وذهب المالكية والحنابلة الى أن الولاية على الصغير تثبت بعد الأب لوصيه ثم للقاضي أو وصيه . وذهب الشافعية الى أنها تثبت بعد الأب للجد الصحيح ثم بعده للوصي المختار من الأب أو من الجد من تأخر موته منهما ثم للقاضي أو وصيه . وذهب الشيعة الامامية الى أن الولاية على الصغير تكون لكل من الأب والجد كليهما ، فإن اختلفا قدم رأي الجد ، ثم لوصي أحدهما ثم للقاضي . أما الولاية على المجنون والمعتوه ، فقد قال الحنفية : إذا اتصل الجنون والعتة بالصغر فبلغ الصغير مجنونا أو معتوها استمرت الولاية لمن كان وليا حال صغره ، والى هذا ذهب أيضا الشافعية والمالكية والحنابلة والشيعة الامامية . وأما اذا بلغ رشيدا ثم طرأ عليه الجنون أو العتة فرأيان عند الجميع . واختلف الفقهاء أيضا في السفه وذي الغفلة ، فذهب الحنفية الى أن الولاية عليهما تثبت للقاضي أو من يقيمه ، سواء اتصل عارض السفه والغفلة بالصغر أو طرأ بعد البلوغ والرشد ، وروي عن محمد أن ولاية الولي تستمر اذا ما اتصل هذا العارض بالصغر وهو قول مرجوح في المذهب الحنفي . وذهب الشيعة الامامية الى أن الولاية عليه تكون للقاضي اذا لم يتصل السفه والغفلة بالصغر ، أما اذا اتصل فرأيان أرجحهما أنها تكون للقاضي (١) .

٣٨٧ - الولاية المالية بالنسبة للنميين والمستامين :

صرح الحنابلة والشافعية بأن الولاية المالية تثبت لغير المسلم على غير المسلم لمساواة الولي للمولى عليه في الكفر ، واشتروا في الولي

(١) النيابة عن الغير في التصرف ، لاستاذنا الشيخ علي الخفيف ص

— ٤٦١ —

الكافر أن يكون عدلاً في دينه • والحنفية وإن لم يصرحوا بما صرح به الحنابلة والشافعية ، إلا أنهم قالوا : إن الشرط في الولي أن يكون مسلماً إذا كان المولى عليه مسلماً • فيفهم من هذا أن غير المسلم تثبت له الولاية المالية على غير المسلم ^(١) •

٣٨٨ - الولاية المالية بين المسلمين وغير المسلمين :

ذهب الحنابلة والشافعية والحنفية الى أن الولاية المالية لا تثبت لغير المسلم على المسلم لأن الشرط فيمن تثبت له هذه الولاية أن يكون مسلماً إذا كان المولى عليه مسلماً لقوله تعالى : « ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً » • وكذلك لا تثبت ، عندهم ، هذه الولاية للمسلم على غير المسلم لقوله تعالى : « والذين كفروا بعضهم أولياء بعض » ^(٢) • وعند الشيعة الامامية تثبت الولاية المالية للمسلم على غير المسلم ، ولكن لا تثبت لغير المسلم على المسلم ^(٣) •

٣٨٩ - ما عليه العمل الآن :

في الجمهورية العربية المتحدة ، تخضع مسائل الولاية على المال لأحكام قانون الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ • وأحكام هذا القانون تسري على جميع المواطنين في العربية المتحدة من مسلمين وغير مسلمين ^(٤) •

(١) كشف القناع ج ٢ ص ٢٢٣ ، شرح منتهى الإرادات ج ٢ ص ١٥٤ ، منهج الطلاب وحاشية البجيرمي ج ٢ ص ٤٤١ ، الكاساني ج ٥ ص ١٥٣ •

(٢) كشف القناع ج ٢ ص ٢٢٣ ، شرح منتهى الإرادات ج ٢ ص ١٥٤ ، منهج الطلاب وحاشية البجيرمي ج ٢ ص ٤٤١ الكاساني ج ٥ ص ١٥٣ ، المدخل للفقهاء الاسلاميين لاستاذنا محمد سلام مذكور ص ٤٦٣ •

(٣) جاء في كتاب الاحكام الجعفرية في الاحوال الشخصية ، تأليف الشيخ عبدالكريم رضا الحلبي ، ص ١١ ، المادة ٣٩ : « لا ولاية في النكاح ولا في المال للذمي على مسلم . . . وتثبت للمسلم على الذمي » •

(٤) المدخل للقانون الخاص لاستاذنا الدكتور عبدالمنعم البدر اوي ص ٢١ •

وقد نص هذا القانون على أن الولاية على مال القاصر تكون للأب ثم لوصيه المختار ثم للجد الصحيح ^(١) . وإذا لم يوجد واحد من هؤلاء عينت المحكمة وصياً للقاصر ^(٢) . واشترط هذا القانون شروطاً خاصة فيمن يعين وصياً ، منها : أن لا يكون مشهوراً بسوء السيرة الخ ^(٣) . واشترط أيضاً : « أن يكون الوصي من طائفة القاصر ، فإن لم يكن فمن أهل مذهبه ، وإلا فمن أهل دينه » ^(٤) . فالتقانون اشترط اتحاد الدين بين الوصي والقاصر ولكن لم يشترط مثل هذا الشرط بالنسبة لولاية الأب والجد مع أنه يمكن أن يكون الأب غير مسلم والصغير مسلماً كما لو أسلمت أمه الكتابية ولم يسلم أبوه الكتابي فإنه يصير مسلماً تبعاً لها . فهل معنى هذا أن القانون لم يعتبر شرط اتحاد الدين بين الأب والصغير ؟ الذي أراه أن القانون بإغفاله هذا الشرط لم يرد إهماله وإهداره ، وإنما لم ينص عليه ، كما نص عليه بالنسبة للوصي ، لأن الغالب هو اتحاد الدين بين الأب والصغير . وعلى هذا أرى أن لا ولاية للأب غير المسلم على الصغير المسلم كما هو المقرر في الفقه الاسلامي لأن أحكام هذا القانون « في جملتها مستمدة من الشريعة الاسلامية فهي المصدر الذي يجب أن يرجع اليه عند افتقار النص أو وجود غموض فيه » ^(٥) .

كما نص هذا القانون على وقف الولاية إذا اعتبر الولي غائباً ، أو اعتقل تنفيذاً لحكم بعقوبة جنائية أو بالحبس مدة لا تزيد على سنة ^(٦) . ويترتب على الحكم بسلب الولاية على نفس الصغير أو وقفها سقوطها

(١) المادة الأولى من قانون الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ .

(٢) المادة ٢٩ منه .

(٣) المادة ٢٧ منه .

(٤) الفقرة الأخيرة من المادة ٢٧ منه .

(٥) المدخل للفقه الاسلامي لاسناذنا محمد سلام مذكور ص ٤٦٢ .

(٦) المادة ٢١ من القانون السالف الذكر .

— ٤٦٣ —

أو وقفها بالنسبة الى المال أيضاً ^(١) . ولا تعود الولاية بعد سقوطها أو وقفها إلا بقرار من المحكمة ^(٢) .

وفي العراق جاءت أحكام الولاية على المال في القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ وقانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ . وهذه الأحكام تسري على جميع العراقيين من مسلمين وغير مسلمين . فمن الأحكام التي نص عليها القانون المدني العراقي ، ان « ولي الصغير هو أبوه ثم وصي أبيه ثم جده الصحيح ثم وصي الجد ثم المحكمة أو الوصي الذي نصبته المحكمة » ^(٣) . ومن أحكام قانون الأحوال الشخصية : « يشترط في الوصي توفر الأهلية القانونية والشرعية » ^(٤) . وظاهر هذا النص اشتراط الاسلام في الوصي اذا كان المولى عليه مسلماً . لأن هذا الشرط من جملة الشروط الشرعية اللازمة لتحقيق الأهلية الشرعية في الوصي اذا كان المولى عليه مسلماً . ولكن القانون لم ينص على هذا الشرط ولم يشر اليه بالنسبة الى الأب والجد . وأرى أن اسلام الأب والجد شرط لثبوت ولايتهما على القاصر اذا كان مسلماً ، لأن هذا هو الحكم المقرر في الفقه الاسلامي ، والقانون المدني العراقي وقانون الأحوال الشخصية ، استقيا أحكام الولاية على المال من الفقه الاسلامي فهو مصدرهما فيجب الرجوع اليه في مسائل الولاية التي سكت عنها هذان القانونان .

(١) المادة ٢٢ منه .

(٢) المادة ٢٣ منه .

(٣) المادة (١٠٢) من القانون المدني العراقي .

(٤) المادة (٧٦) من قانون الاحوال الشخصية العراقي .

الفصل السادس

النفقات

تمهيد:

٣٩٠ - أتكلم في هذا الفصل عن نفقة الزوجة غير المسلمة على زوجها المسلم أو غير المسلم ، ثم عن نفقة الأقارب بين المسلمين وغير المسلمين من ذميين ومستأمنين ، وعن هذه النفقة بين غير المسلمين وحدهم . وعلى هذا ، أقسم هذا الفصل الى بحثين :

المبحث الأول - للكلام عن نفقة الزوجة .

المبحث الثاني - للكلام عن نفقة الأقارب .

للمبحث الأول

نفقة الزوجة

تمهيد:

٣٩١ - تجب النفقة للزوجة على زوجها (١) ، لأن النفقة حق لها عليه . وهي ثابتة بالكتاب والسنة . فمن الكتاب قوله تعالى :

« أسكنوهم من حيث سكنتم من وجدكم » أي على قدر ما يجده أحدكم من السعة والمقدرة ، والأمر بالإسكان أمر بالاتفاق لأنها لا تصل الى النفقة إلا بالخروج والاكتساب . وقوله عز وجل : « ... وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ... » وقوله عز وجل : « لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله ... » ومن

(١) أي أن على الزوج أن يوفر لزوجته ما تحتاج اليه من طعام وكسوة ومسكن وخدمة : أحكام الأحوال الشخصية في الفقه الاسلامي للدكتور محمد يوسف موسى ص ٢١٨ .

السنة أن رجلاً جاء الى النبي صلى الله عليه وسلم وسأله : ما حق المرأة على الزوج ؟ فقال صلى الله عليه وسلم : يطعمها إذا طعم ، ويكسوها إذا كسا ، ولا يهجرها إلا في المبيت ولا يضربها ولا يقبح ^(١) .

وكما تستحق الزوجة النفقة حال قيام الزوجية ، تستحقها أيضاً في عدتها إذا كانت معتدة من طلاق رجعي بلا خلاف بين الفقهاء . وكذلك لها النفقة إن كانت معتدة من طلاق بائن وكانت حاملاً بلا خلاف أيضاً . أما إذا كانت حائلاً ، فالحنفية يوجبون لها النفقة والسكنى ، وغير الحنفية كالشافعية لا يوجبون لها إلا السكنى . وإذا كانت معتدة من وفاة فلا نفقة لها ولا سكنى ، وعند الشافعية لها السكنى في أظهر القولين في مذهبهم ^(٢) .

٣٩٢ - نفقة الزوجة الذمية على زوجها المسلم :

تجب النفقة للزوجة الذمية على زوجها المسلم ، وكذلك للمستأمنة إذا تزوجها المسلم . فقد قال الحنفية إن الكتابية في استحقاق النفقة على زوجها المسلم كالمسلمة ، لاستوائهما في سبب الاستحقاق وشرطه ^(٣) . وتثبت هذه النفقة للذمية على زوجها سواء كانت في قيد النكاح أو في عدة تجب فيها النفقة كما هو الحكم بالنسبة للمسلمة ^(٤) .

(١) الكاساني ج ٤ ص ١٦ ، فتح القدير ج ٣ ص ٤٢١ ، المغني ج ٧ ص ٥٦٣ ، وآية « اسكنوهن ... » في سورة الطلاق ج ٢٨ : الآية ٦ . وآية : « وعلى المولود له رزقهن ... » في سورة البقرة ج ٢ : الآية ٢٣٣ . وآية : « لينفق ... » في سورة الطلاق ج ٢٨ : الآية ٧ . والحدیث الشریف « ما حق المرأة ... » رواه الامام احمد : مسند احمد ، مطبعة الأخوان ج ١٦ ص ٢٣١ ، النسائي ج ١ ص ٥٦٨ ، أبو داود ج ٣ ص ٦٨ .

(٢) الكاساني ج ٣ ص ٢٠٩ - ٢١٠ ، مغني المحتاج ج ٣ ص ٤٠٢ ، ٤٤٠ ، المغني ج ٧ ص ٦٠٦ .

(٣) الفتاوى الخانية ج ١ ص ٤٢٤ : « فتجب على الرجل نفقة امراته المسلمة والذمية » . الكاساني ج ٤ ص ٢٢ . ويلاحظ هنا أن المستأمنة إذا تزوجها مسلم صارت ذمية : المبسوط ج ٥ ص ٥٣ .

(٤) الكاساني ج ٣ ص ٢١٠ .

ومذهب الشافعية والحنابلة والزيدية كمذهب الحنفية في وجوب النفقة للزوجة الذمية على زوجها المسلم ^(١) .

٣٩٣ - نفقة الزوجة بالنسبة للذمي والمستأمن فيما بينهم :

عند الشافعية ، تجب النفقة للزوجة غير المسلمة على زوجها غير المسلم في كل نكاح يقران عليه لو أسلما أو ترافعا إلينا قبل الاسلام . فتجب النفقة في النكاح بلا ولي أو بلا شهود لأنهما يقران على هذا النكاح . أما نكاح المحارم فلا نفقة فيه للزوجة بسبب الزوجية لأنه نكاح لا يقران عليه لو أسلما أو ترافعا إلينا ^(٢) .

أما الحنابلة ، فقد صرحوا بأن للزوجة الذمية النفقة على زوجها الذمي ^(٣) . وصرحوا بأن أنكحة الكفار تتعلق بها أحكام النكاح الصحيح مثل وجوب النفقة ^(٤) ، دون أن يفصلوا تفصيل الشافعية ، مما يدل على أن مذهبهم إيجاب النفقة للزوجة على زوجها الكافر في كل نكاح ، سواء يقران عليه إذا أسلما أو لم يقرأ عليه .

وعند الحنفية ، الذمي كالمسلم في وجوب النفقة عليه لزوجته الذمية ، التي ليست من محارمه ، لاستوائهما في سبب وجوب النفقة وشرطها ، ولأن الدلائل الدالة على وجوب النفقة للزوجة على زوجها لا توجب الفصل بين المسلم والذمي ^(٥) . وكذلك تجب النفقة على المستأمن لزوجته ^(٦) .

واختلفت الحنفية في نفقة الزوجة إذا كانت من محارم الزوج .

- (١) الأم ج ٥ ص ١٩٧ - ١٩٨ ، مغني المحتاج ج ٣ ص ٤٢٦ ، كشف القناع ج ٣ ص ٢٩٧ ، شرح الأزهار ج ٢ ص ٥٣٢ .
- (٢) الأم ج ٥ ص ١٩٠ - ١٩١ ، مغني المحتاج ج ٣ ص ١٩٥ - ١٩٦ .
- (٣) كشف القناع ج ٣ ص ٢٩٧ .
- (٤) شرح منتهى الإرادات ، من باب نكاح الكفار ج ٣ ص ٩٢ . كشف القناع ج ٣ ص ٦٧ - ٦٨ ، المغني ج ٦ ص ٦٣٧ .
- (٥) الكاساني ج ٤ ص ٢٢ ، المبسوط ج ٥ ص ٢٠٠ ، الفتاوى الهندية ج ١ ص ٥٤٤ .
- (٦) المبسوط ج ٥ ص ٢٠٥ .

فعند أبي حنيفة تجب لها النفقة ، وعند أبي يوسف ومحمد لا تجب .
احتج أبو حنيفة بأن حرمة هذا النكاح من الأحكام التي تقبل التغيير
بدليل إباحته في شريعة آدم عليه السلام ، فلا تجب الحرمة في حقهم
بحكم شرعنا ، فيبقى حكم هذا النكاح في حقهم كما كان قبل ورود
دليل التحريم في شريعتنا . وحيث أنهم يدينون بصحة هذا النكاح ،
فيكون صحيحاً في حقهم ، ومن ثم تجب النفقة فيه للزوجة على زوجها .
فإذا نازع الزوج في النفقة وأراد دفعها عنه بدعوى فساد النكاح لم
يقبل منه ذلك بعد ما أقدم على هذا النكاح معتقداً صحته . ولأنه التزم
موجب النكاح حين أقدم عليه فلا يملك إسقاطه بدون رضا صاحب الحق .
أما حجة الصاحبين ، فهي أن هذا النكاح باطل ولا تصلح ديانتهم
دافعة لدليل بطلانه في حقهم لعدم جوازه في أية شريعة سابقة . أما جوازه
في شريعة آدم عليه السلام فللضرورة ، فيلحق بالأحكام التي لا تقبل
التغيير ولا تحتمل الإباحة ، حتى لو أن شريعتنا لم تأت ببطان هذا
النكاح لما جاز في حق المسلمين . وحيث أن هذا النكاح باطل في حقهم
فلا تجب فيه النفقة للزوجة على زوجها لأن وجوب النفقة من آثار
النكاح الصحيح لا الباطل ^(١) .

والراجع قول أبي حنيفة ، لأنه ما دام قد حكمنا على أنكجتهم
بالصحة في حقهم فينبغي وجوب النفقة فيها للزوجة على زوجها .

٣٩٤ - نفقة الزوجة غير المسلمة في العدة إذا وقعت الفرقة بسبب

إبء الاسلام :

إذا وقعت الفرقة بين الزوجين غير المسلمين بعد الدخول بسبب
اسلام أحدهما وإبء الآخر الاسلام ، وكانت المرأة هي التي أسلمت وأبى
هو الاسلام فللمرأة النفقة في العدة لأنه يتمكن بإسلامه من إبقاء نكاحها
واستمتاعه بها فلا تحرم من النفقة بمعصيته وإبائه . أما إذا كان الزوج

(١) اصول البزدوي وكشف الاسرار ج ٤ ص ١٤٥١ ، ١٤٥٤ - ١٤٥٥ .

— ٤٦٨ —

هو الذي أسلم وأبت هي الاسلام وكانت وثنية أو مجوسية ، فالنفقة لا تجب لها لأنها تكون في هذه الحالة حابسة نفسها عنه بغير حق فتكون كالناشزة ، والناشزة لا نفقة لها . ولكن لها السكنى لأن القرار في منزل الزوج حق له عليها فلا يسقط بمعصيتها ، أما نفقتها هي فحق لها فتجوز بسقوطه بمعصيتها . وهذا مذهب الحنفية والزيدية والحنابلة والشافعية (١) .

٣٩٥ - ما عليه العمل في الوقت الحاضر :

في العربية المتحدة تجب عند المسيحيين ، طبقاً لشرائعهم الدينية، النفقة على الزوج لزوجته . فقد جاء في المادة ١٤١ من قواعد الأقباط الأرثوذكس : « تجب النفقة على الزوج لزوجته من حين العقد الصحيح » وكذلك الحكم عند الروم والأرمن الأرثوذكس ، والكاثوليك (٢) . وتجب النفقة للزوجة عند الفرقة اذا كان سبب التفريق منه لا منها وهذا ما نصت عليه قواعد الأقباط الأرثوذكس والروم الأرثوذكس والإنجيليين (٣) .

وعند اليهود تجب النفقة للزوجة على زوجها ، ويراعى في تقديرها حال الزوجين (٤) .

وشرائع اليهود والمسيحيين ، في العربية المتحدة ، هي التي تطبق على نفقة الزوجة اذا اتحد الزوجان في الطائفة والملة ، فإن اختلافاً طبق المذهب الحنفي على أرجح الأقوال فيه ، وما صدر من أحكام قانونية في مسائل نفقة الزوجة ، من ذلك ما جاء في القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ،

(١) فتح القدير ج ٢ ص ٣٤٢ ، البحر الزخار ج ٣ ص ١٤٩ ، المغني ج ٦ ص ٦١٨ ، المهذب ج ٢ ص ١٧١ ، فتح العزيز ج ١٠ ص ١٢٩ .

(٢) اهـاب حشر ص ٢٩٨ .

(٣) شرح الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين تأليف تادرس ميخائيل تادرس ص ١٤٥ ، ١٨٨ ، والمادة ٦٦ من قواعد الاقباط الأرثوذكس .

(٤) المواد من ١٠٦ - ١٠٨ من كتاب ابن شمعون .

فقد نصت المادة ١٦ منه على أنه « تقدر نفقة الزوجة على زوجها بحسب حال الزوج يسراً أو عسراً مهما تكن حالة الزوجة » . وما جاء في القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ فقد نصت المادة الأولى منه على أنه « تعتبر نفقة الزوجة التي سلمت نفسها ولو حكماً ديناً في ذمته من وقت امتناع الزوج عن الاتفاق مع وجوبه بلا توقف على قضاء أو تراض منهما ، ولا يسقط دينها إلا بالأداء أو الإبراء » . ونصت المادة الثانية من هذا القانون على أن « المطلقة التي تستحق النفقة تعتبر نفقتها ديناً كما في المادة السابقة من تاريخ الطلاق » . وجاء في الفقرة السادسة من المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بقانون رقم ٧٨ سنة ١٩٣١ : « ولا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من ثلاث سنوات نهايتها تاريخ رفع الدعوى » .

وفي العراق يخضع اليهود والمسيحيون في مسائل نفقة الزوجة الى أحكام دياتهم . ومن هذه الأحكام ما نصت عليه المادة ٤٣ من قواعد السريان الأرذوكس ، فقد جاء فيها : « يلتزم الزوج بمجرد العقد بالإنفاق على زوجته لفرض الطعام والكسوة والسكن ، وكذلك الخدمة عند المرض والضعف حسب حالته المالية » . وعند اليهود ، تجب للزوجة النفقة على زوجها ، فإن قصر في ذلك فلها أن تطلب من المحكمة المختصة الحكم لها بالنفقة ، وتفرض لها من تاريخ المطالبة بها . والمحكمة عند تقدير النفقة تراعي حالة الزوجين ، ومدى ما تحتاجه الزوجة حسب ظروف الزمان والمكان ^(١) .

(١) جاء في الأحكام والقواعد الفقهية للطائفة الموسوية :
المادة ٤٦ — على الزوج مؤونة زوجته واكساؤها وتمريضها ...
المادة ٤٨ — تفرض النفقة ابتداء من يوم المطالبة بها في المحكمة .
المادة ٤٩ — عند تقدير النفقة والحكم بها يجب مراعاة كافة احتياجات الزوجة .
المادة ٥٠ — تراعى في تعيين مقدار النفقة ، ومنها الكسوة والسكن ، حالة الزوجين والزمان والمكان .

لمبحث الثاني،

نفقة الاقارب

تمهيد:

٣٩٦ — القرابة في الأصل نوعان : قرابة الولادة ، وقرابة غير الولادة . وقرابة الولادة هي الأصول والفروع . وأما قرابة غير الولادة فنوعان : قرابة محرمة للنكاح كالأخوة والعمومة ، وقرابة غير محرمة للنكاح كقرابة بني الأعمام والأخوال والخالات ^(١) .

والقرابة الموجبة للنفقة ، عند الحنفية ، هي قرابة الولاد ، فتجب النفقة للفروع على أصولهم وللأصول على فروعهم . والأصول هم الأبوان والأجداد والجداات ويدخل فيهم الجد لأب والجد لأم وإن علوا وجدااته لأبيه وجدااته لأمه وإن علون . والفروع هم الأولاد وإن نزلوا ^(٢) .

والقرابة الثانية الموجبة للنفقة ، عند الحنفية ، هي قرابة غير الولاد اذا كانت-محرمة للنكاح ويجري فيها الإرث ^(٣) .

وعند الشافعية لا تجب النفقة إلا في قرابة الولاد ، فتجب للأصول على الفروع وبالعكس ^(٤) . وعند الزيدية والحنابلة ، تجب النفقة للأصول وإن علوا وللشروع وإن نزلوا ، كما تجب على كل قريب موسر يرث قريبه المحتاج بفرض أو تعصيب . أما الأقارب غير ذوي الفروض

(١) الكاساني ج ٤ ص ٣٠ .

(٢) الكاساني ج ٤ ص ٣٠ ، الهداية وفتح القدير ج ٣ ص ٣٤٧-٣٤٨ .

(٣) الكاساني ج ٤ ص ٣٢ ، فتح القدير ج ٣ ص ٣٤٨ .

(٤) مغني المحتاج ج ٣ ص ٤٤٦-٤٤٧ .

— ٤٧١ —

والعصبات ، فلا نفقة لهم أو عليهم إن لم يكونوا من الأصول أو الفروع (١) .

وعند المالكية ، لا تجب النفقة إلا على الولد لوالديه ، وعلى الأب لولده ، فلا تجب على الولد نفقة جده أو جدته ، ولا تجب نفقة ولد ابن على جده (٢) .

وعند الشيعة الامامية ، تجب النفقة في قرابة الولاد وتستحب في غيرها (٣) .

ويشترط لوجوب النفقة أن يكون المستحق لها محتاجاً ، وأن يكون المنفق ، أي الذي تجب عليه النفقة ، قادراً على الإتيان ، على تفصيل في قرابة الولاد وغيرها (٤) .

وأتكلم في هذا المبحث عن نفقة الأقارب بين المسلمين وغير المسلمين ، ثم عن هذه النفقة بين غير المسلمين أنفسهم . ثم ابين ما عليه العمل في الوقت الحاضر . وعليه أقسم هذا المبحث الى ثلاثة مطالب :-

المطلب الأول - للكلام عن نفقة الأقارب بين المسلمين وغير المسلمين من ذميين ومستأمنين .

(١) كشف القناع ج ٣ ص ٢١٣ - ٣١٤ ، كشف المخدرات ص ٤٢٤ - ٤٢٥ .

(٢) الشرح الكبير للدردير ج ٢ ص ٥٢٢ - ٥٢٤ . والولد يطلق على الذكر والأنثى : الوصايا في الفقه الاسلامي لاسنا محمد سلام مذكور ص ١٠٢ .

(٣) شرح اللمعة ج ٢ في باب النفقات : تجب النفقة على الأبوين فصاعداً . والأولاد فنازلاً . . . وتستحب النفقة على باقي الأقارب . . .

(٤) تراجع في شروط وجوب النفقة عند الحنفية : الكاساني ج ٤ ص ٣٤ وما بعدها ، الدر المختار وزد المختار ج ٢ ص ٩٢٥ وما بعدها . كما أن هناك ضوابط لترتيب من تجب عليهم النفقة عند تعددهم تراجع بشأنها : رد المختار ج ٢ ص ٩٣٤ - ٩٣٦ .

ويراجع عند غير الحنفية في شروط وجوب النفقة وترتيب من تجب عليهم : المغني ج ٧ ص ٥٨٢ وما بعدها ، كشف القناع ج ٣ ص ٢١٣ وما بعدها ، الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي ج ٢ ص ٢٥١ وما بعدها .

— ٤٧٢ —

المطلب الثاني — للكلام عن نفقة الأقارب الذميين والمستأمنين
فيما بينهم •
المطلب الثالث — لبيان ما عليه العمل في الوقت الحاضر في نفقات
الأقارب •

المطلب الأول

نفقة الأقارب

بين المسلمين وغير المسلمين من ذميين ومستأمنين

الفصل الأول

نفقة الأصول والفروع

أولاً — النفقة للمسلم على النفي وبالعكس

٣٩٧ — اختلف الفقهاء في اشتراط إتحاد الدين بين من تجب له
النفقة وبين من تجب عليه ، في قرابة الولادة ، لوجوب النفقة • ويمكن
رد إختلافهم الى قولين :-

القول الأول — قول الجمهور من الحنفية والشافعية والمالكية
والشيعة الامامية والزيدية • وعندهم إتحاد الدين ليس بشرط في قرابة
الولادة لوجوب النفقة • فتجب النفقة للأصول على الفروع وبالعكس
ولو مع اختلاف الدين • إلا أن المالكية ، كما ذكرنا عنهم ، يفصرون
نفقة الأصول والفروع على الوالدين والولد فقط • فتجب عندهم النفقة
على الولد لأبويه فقط سواء كان الأبوان مسلمين والولد كافراً
أو بالعكس • وكذا تجب عندهم نفقة الولد على أبيه سواء كان الولد
كافراً والأب مسلماً أو بالعكس • وعليه ، فالنفقة عند الجمهور ، تجري

— ٤٧٣ —

بين المسلم والذمي في قرابة الولاد سواء كان الأصل مسلماً والفرع ذمياً أو بالعكس ، فتجب النفقة مثلاً على المسلم لآبائه وأمهاته الذميين ، كما تجب النفقة على الذمي لأولاده الصغار الذين أعطى لهم حكم الاسلام بإسلام أمهم ، وتنفق أولاده الكبار المسلمين المستحقين للنفقة ، ونحو ذلك (١) .

القول الثاني - قول الحنابلة : وعندهم لا تجب النفقة مع اختلاف الدين ، لأن اختلاف الدين يمنع الثوارث ، والشرط في وجوب النفقة عندهم أن يكون من تجب عليه النفقة وارثاً للنفق عليه ، فلا نفقة مع اختلاف الدين وإن كانت للأصول أو الفروع (٢) ، وعلى هذا لا يستحق المسلم النفقة على الذمي وبالعكس ، في قرابة الولاد ، لاختلاف الدين بينهما .

٣٩٨ - أدلة القول الاول ، قول انجمهور :

« - عموم الأدلة الدالة على وجوب الإنفاق على الوالدين ، فيدخل

(١) الفتاوى الهندية ج ١ ص ٥٦٢ . ٥٦٤ . ٥٦٧ ، الفتاوى الخانية ج ١ ص ٤٤٧ . الزيلعي وحاشية الشلبي ج ٢ ص ٦٣ . الكاساني ج ٤ ص ٢٦ . انهداية ج ١ ص ٢٤٨ . الدر المختار ج ٢ ص ٩٤١ . شرح الزهراء ج ٤ ص ٥٤٧ - ٥٤٩ . البحر الزخار ج ٢ ص ٢٧٨ - ٢٧٩ . مفني المحتاج ج ٢ ص ٤٤٦ - ٤٤٧ ، المدونة الكبرى ج ٥ ص ٤٧ . الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي ج ٢ ص ٥٢٢ - ٥٢٤ . شرح الزرقاني على مختصر خليل ج ٤ ص ٢٥٩ ، الأحكام الجعفرية في الأحوال الشخصية ص ١٠٨ : « لا نفقة مع الاختلاف ديناً إلا للزوجة والأصول والفروع » . شرح اللمعة ج ٢ في باب النفقات : « وتجب النفقة على الأبوين فصاعداً وهم آباء الأب وأمهاته وإن علوا . وآباء الأم وأمهاتها وإن علوا ، والأولاد فنزلاً ذكوراً كانوا أم إناثاً ، وإنما يجب الإنفاق على الفقير العاجز عن التكسب ولا يشترط عدالته ولا إسلامه بل يجب وإن كان فاسقاً أو كافراً للعموم ويجب تقييد الكافر بكونه محقون الدم » .

(٢) كشف القناع ج ٣ ص ٢١٤ ، ٢١٦ ، المفني ج ٧ ص ٥٨٤ - ٥٨٥ شرح منتهى الإرادات ج ٣ ص ٣٥٨ : « ولا نفقة مع اختلاف دين بقرابة ولو من عمودي نسب لأنهما لا يتوارثان فلم يتناولوه قوله تعالى : « وعلى الوارث مثل ذلك » .

فيها المسلمون وغير المسلمين ، مثل قوله تعالى : « وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه وبالوالدين إحساناً » ، والإتياف عليهما حال فقرهما من أحسن الاحسان . وقوله عز وجل : « فلا تقل لهما أف ولا تنهرهما » ، وهو كناية عن كلام فيه إيذاء . ومعلوم أن معنى التأذي بترك الإتياف عليهما عند عجزهما وقدرة الولد أكثر من تأذيهما بكلمة أف ، فكان النهي عن التأنيف نهياً عن ترك الإتياف دلالة كما كان نهياً عن الشتم والضرب دلالة .

ب — قال تعالى : « وإن جاهدك على أن تشرك بي ما ليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبهما في الدنيا معروفاً . . . » وهذه الآية الكريمة نزلت في الوالدين الكافرين ، وفيها يأمر الله تعالى مصاحبتهما بالمعروف وإن كانا كافرين ، وليس من المعروف أن يترك الولد أبويه مع الجوع والعري ولا ينفق عليهما فدلّت الآية الكريمة على وجوب النفقة لهما على أولادهما وإن كانا كافرين (١) . وأما الأجداد والجَدات فهم كالأبوين في وجوب النفقة ولهذا يقوم الجدان مقام الأب والأم عند عدمهما ، وأيضاً فإن الأجداد والجَدات تسبوا بإحيائه فاستوجبوا عليه الإحياء بالنفقة عليهم بمنزلة الأبوين .

ج — إن وجوب النفقة في قرابة الولاد بحق الولادة ، لأن الولادة توجب الجزئية والبعضية بين الوالد والولد وهذا المعنى لا يختلف باختلاف الدين فلا يختلف الحكم المتعلق به وهو وجوب النفقة .

د — قال تعالى : « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » . أوجب الله تعالى ، بهذه الآية الكريمة ، على الأب رزق الوالدات بسبب الولد ، وعبر عنه « بالمولود له » للتنبيه على علة الإيجاب عليه وهي

(١) منزلة الأم في الاسلام ، مقال لاستاذنا محمد سلام مذكور ، منشور في مجلة منبر الاسلام ، عدد ١٠ ، سنة ١٨ ، شوال سنة ١٣٨٠ ص ٣٦ وعدد ١١ ، السنة ١٨ ، شهر ذي القعدة ، سنة ١٣٨٠ ص ٤٥ .

— ٤٧٥ —

الولادة له ، لأن تعليق الحكم بمشتق يفيد كون مبدأ الإشتقاق علة له ، فإذا وجبت نفقة الوالدة بسبب الولد فوجوب نفقة الولد على الوالد أولى . وهذا الوجوب ثابت سواء كان الولد مسلماً أو كافراً لأن الآية لكريمة أوجبت الإتفاق للولد على أصله من دون فصل بين مسلم وكافر .

هـ — نفقة الأصول والفروع وجبت للجزئية ، وجزء المرء في معنى نفسه ، فكما لا تمنع نفقة نفسه لكفره لا تمنع نفقة جزئه لكفره (١) .

٣٩٩ — أدلة القول الثاني ، وهو قول الحنابلة :

استدل الحنابلة بقوله تعالى : « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ... وعلى الوارث مثل ذلك » فوجب أن يكون من تلزمه نفقة غيره وارثاً له ، واختلاف الدين يمنع التوارث فيمنع النفقة . ولأن بين المتوارثين قرابة تقتضي كون الوارث أحق بمال المورث من سائر الناس فينبغي أن يختص بوجوب صلته بالنفقة دونهم . والنفقة بعد هذا وذالك من باب الصلة والمواساة فلا تجب مع اختلاف الدين بين الأصول والفروع كما لا تجب بين غيرهم من سائر الأقارب مع اختلاف الدين (٢) .

٤٠٠ — القول الرابع :

والراجح من القولين هو قول الجمهور لما احتجوا به . لأن وجوب

(١) الهداية وفتح القدير ج ٣ ص ٢٤٧ — ٢٤٨ ، الكاساني ج ٤ ص ٣٠ ، ٣٦ ، الدر المختار ورد المحتار ج ٢ ص ١٤١ ، الزيلعي وحاشية الشلبي ج ٣ ص ٦٣ ، الإيباني ج ٢ ص ١١١ — ١١٢ ، البحر الزخار ج ٣ ص ٢٧٨ — ٢٧٩ . وآية « وقضى ربك ... الخ » وردت في سورة الاسراء ج ١٥ ، الآية ٢٣ . وقوله تعالى : « فلا تقل لهما أف ... » وردت في سورة الاسراء ج ١٥ ، في الآية ٢٣ ، وآية « وانجاهداك ... » وردت في سورة لقمان ج ٢١ الآية ١٥ . وآية « وعلى المولود له رزقهن ... الخ » وردت في سورة البقرة ج ٢ ، الآية ٢٣٣ .

(٢) المغني ج ٧ ص ٥٨٤ — ٥٨٥ ، شرح منتهى الإرادات ج ٣ ص ٣٥٨ ، كشاف القناع ج ٣ ص ٣١٦ .

النفقة في هذا النوع من القرابة ثبت بنصوص من الكتاب العزيز من غير شرط إتحاد الدين ، بل إن بعض هذه النصوص نزلت في نفقة الوالدين الكافرين كما ذكرنا . وأما الإحتجاج بقوله تعالى : « وعلى الوارث مثل ذلك » لاشتراط إتحاد الدين لوجوب النفقة ، فإن هذا في غير قرابة الولاد . وأما كون النفقة وجبت للمواساة والصلة فلا تجب مع إختلاف الدين ، فالجواب أنها وجبت في هذه القرابة للجزئية ، وهذا المعنى لا يختلف بإختلاف الدين . وحتى اذا كان وجوبها للمواساة والصلة فإن إختلاف الدين لا يمنع من الصلة (١) .

ثانياً - النفقة للمسلم على المستأمن وبالعكس

٤٠١ - عند الحنفية ، على ما جاء في كتب المذهب الحنفي كانهداية وشرح الكنز والدر المختار وغيرها ، لا تجب النفقة على المسلم لأصوله وفروعه اذا كانوا حربيين وإن كانوا مستأمنين ، وكذلك لا تجب على المستأمن لأصوله وفروعه المسلمين . وعللوا ذلك بأن المسلمين نهوا عن بر الحربيين بقوله تعالى : « لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم وتقسطوا إليهم إن الله يحب المقسطين » إنما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين وأخرجوكم من دياركم وظاهروا على إخراجكم أن تولوهم ومن يتولهم فأولئك هم الظالمون » . وحيث أن المستأمن حربي حكماً ، وأن النفقة هي من باب البر والصلة ، فلا يستحقها الحربي وإن كان مستأمناً . وعلى هذا لا تجب النفقة بين المسلم والمستأمن حتى في قرابة الولاد (٢) .

- (١) الوصاية في الفقه الاسلامي لاستاذنا محمد سلام مذكور ص ٢٢٣ .
- (٢) الهداية ج ٣ ص ٣٤٨ ، الدر المختار ورد المحتار ج ٢ ص ٩٤١ ، شرح الكنز للزيلعي ج ٣ ص ٦٣ ، الفتاوى الهندية ج ١ ص ٥٦٨ : « ولا يجبر المسلم والدمي على نفقة والديه من أهل الحرب وإن كانا مستأمنين في دار الاسلام ، وكذلك الحربي الذي دخل علينا بأمان لا يجبر على نفقة والديه إذا كانا مسلمين أو كانا من أهل الذمة » . والفتاوى الهندية ج ١ ص ٤٤٩ : « حربيان دخلا دار الاسلام بأمان ولهما ولد مسلم ، لا تجب نفقتهم على ولدهما » . وقوله تعالى : « لا ينهاكم الله ... » في سورة الممتحنة ج ٢٨ ، الآيتان : ٨ و ٩ .

إلا أن الإمام الكاساني الحنفي لم يجعل إختلاف الدارين مانعاً من النفقة بين الأصول والفروع بل قال بوجوب النفقة في هذه القرابة حتى مع إختلاف الدار فتجب عنده للمسلم أو للذمي على المستأمن وبالعكس . وعلل ذلك بأن وجوب النفقة في قرابة الولاد بحق الولادة الموجب للجزئية ، وهذا المعنى لا يختلف باختلاف الدار كما لا يختلف باختلاف الدين ^(١) .

وقول الإمام الكاساني هو الأرجح ويدل على رجحانه ما يأتي :

(أ) إن الحنفية احتجوا لوجوب النفقة على المسلم لا بويه الكافرين بقوله تعالى : « وإن جاهدك على أن تشرك بي ما ليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبهما في الدنيا معروفاً واتبع سبيل من أناب الي » . وقالوا : إن هذه الآية نزلت في الأبوين الكافرين لأنها نزلت في سعد بن أبي وقاص حين أسلم وقالت له أمه جميلة بلغني أنك كفرت ، فوالله لا آكل ولا أشرب حتى تكفر بسحمد ، وظلت هكذا ثلاثة أيام ، فأتى سعد بن أبي وقاص النبي صلى الله عليه وسلم وشكى إليه فنزلت الآية ^(٢) . هذا ما قالوه ، ولكن هل كانت أم سعد ذمية ؟ قال سعدي جلبي الحنفي في حاشيته على شرح النهاية على الهداية — تعليقاً على قول الحنفية بمنع النفقة بين المسلم والمستأمن في قرابة الولاد وتعرضاً لما قالوه بصدد إسلام سعد — قال : « أقول : فيه أن أم سعد لم تكن ذمية » ^(٣) . فإذا لم تكن أم سعد ذمية فمعنى ذلك أن هذه الآية دلت على وجوب

- (١) الكاساني ج ٤ ص ٣٦ — ٣٧ : « فاما في قرابة الولاد فاتحاد الدين فيهما ليس بشرط . . . (ثانيهما) اتحاد الدار في غير قرابة الولاد . . . وهذا ليس بشرط في قرابة الولاد ، والفرق بينهما من وجهين : (أحدهما) أن وجوب هذه النفقة في هذه القرابة بطريق الصلة ولا تجب هذه الصلة عند إختلاف الدارين وتجب في قرابة الولاد . (والثاني) أن الوجوب هنا بحق الورثة ، ولا ورثة عند إختلاف الدارين ، والوجوب هناك بحق الولادة وأنه لا يختلف » .
- (٢) الهداية والعناية وفتح القدير ج ٣ ص ٣٤٧ .
- (٣) حاشية سعدي جلبي ج ٣ ص ٣٤٨ .

النفقة للوالدين الكافرين وإن كانا مستأمنين ، وبالتالي تكون النفقة بين المسلم والمستأمن في قرابة الولاد واجبة .

(ب) الآية التي احتجوا بها وهي « لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم ... الخ » أفادت النهي عن تولي الحريين لا عن برهم ^(١) .

٤٠٢ — وعند الشيعة الامامية والشافعية تجب النفقة بين المسلم والمستأمن في قرابة الولاد ، فتجب على المسلم لاصوله وفروعه المستأمنين وبالعكس ^(٢) . أما الحنابلة فقد ذكرنا عنهم أنهم يشترطون لوجوب النفقة اتحاد الدين فلا تجب عندهم عند اختلاف الدين لعدم التوارث ، فلا تجب النفقة بين المسلم والمستأمن لا في قرابة الولاد ولا في غيرها .

الْفَرْعُ الثَّانِي

نفقة الحواشي وذوي الأرحام

٤٠٣ — القائلون بوجوب النفقة في غير قرابة الأصول والفروع ، وهم الحنفية والحنابلة والزيدية ، اشترطوا لوجوب النفقة في قرابة الحواشي وذوي الأرحام اتحاد الدين بين من تجب عليه وله ، لأن النفقة في غير قرابة الأصول والفروع تجب بحق الوراثة لقوله تعالى : « وعلى الوارث مثل ذلك » . علق سبحانه وتعالى إستحقاق النفقة بالإرث ، ولا وراثة عند اختلاف الدين ، فلا تجب النفقة لمسلم على ذمي أو مستأمن ولا لذمي أو مستأمن على مسلم في غير قرابة الأصول والفروع . فلا نفقة ،

(١) المغني ج ٦ ص ١٠٤ ، تاريخ التشريع الاسلامي لاستاذنا محمد سلام مذكور ص ٧٠ ، ومؤلفه : الوصايا في الفقه الاسلامي ص ٣٣٥ .
(٢) مغني المحتاج ج ٢ ص ٤٤٦ - ٤٤٧ ، حاشية البجيرمي ج ٤ ص ١١٩ الأحكام الجعفرية في الأحوال الشخصية ص ١٠٨ . والظاهر ان هذا هو مذهب الزيدية أيضاً لأنهم أطلقوا القول بوجوب النفقة في هذه القرابة بين المسلم والكافر : البحر الزخار ج ٣ ص ٢٧٨ - ٢٧٩ .

— ٤٧٩ —

مثلاً ، للمسلم على أخيه الذمي أو المستأمن ، كما لا نفقة لذمي ،
مستأمن على أخيه المسلم ^(١) .

الطلب الثاني

نفقة الأقارب الذميين والمستأمنين فيما بينهم

الفرع الأول

نفقة الأقارب الذميين فيما بينهم

٤٠٤ — أهل الذمة ، عند الحنفية ، كالمسلمين في النفقة وإن اختلفت
أديانهم ^(٢) . لأن الذمي بعقد الذمة التزم أحكام الإسلام فيما يرجع إلى
المعاملات ، والنفقة من المعاملات ، فتجب بين الذميين في قرابة الولاد ، وفي
قرابة غير الولاد إذا كانت قرابة محرمية توجب الإرث كما هو الحكم
بين المسلمين .

وعند الحنابلة الشرط في من تجب عليه النفقة أن يكون وارثاً
للمنفق عليه ، وحيث أن أهل الذمة عند الحنابلة يتوارثون فيما بينهم

(١) الكاساني ج ٣ ص ٣٦ — ٣٧ ، فتح القدير ج ٣ ص ٣٤٨ ، شرح
الأزهار ج ٢ ص ٥٤٩ — ٥٥٠ ، البحر الزخار ج ٣ ص ٢٨٠ .
والحنابلة يشترطون اتحاد الدين لوجوب النفقة في جميع أنواع
القرابات سواء أكانت قرابة ولاد أم غيرها : فقرة ٣٩٧ — ص ٤٧٣ من
هذه الرسالة .

(٢) الفتاوى الهندية ج ١ ص ٥٦٨ : أهل الذمة فيما بينهم في النفقة
كأهل الإسلام وإن اختلفت مللهم . وهذا قول الزيدية أيضاً ، فعندهم
تجب النفقة بين الأصول والفروع ولو مع اختلاف الملة أما في غير
قرابة الأصول والفروع فقد اشترطوا اتحاد الملة بين الذميين : شرح
الأزهار ج ٢ ص ٥٤٦ .

— ٤٨٠ —

إذا اتحدت ملتهم^(١) فإن النفقة تجب فيما بينهم • أما لو اختلفت ملتهم فالنفقة لا تجب لعدم التوارث فيما بينهم في هذه الحالة •
وعند الشافعية والمالكية والشيعة الامامية تجب النفقة بين الذميين في قرابة الأصول والفروع لأنهم قالوا بوجوبها بين المسلمين والذميين^(٢) ، فوجوبها بين الذميين ، في هذه القرابة ، أولى •

الفصل الثاني

نفقة الأقارب المستأمنين فيما بينهم

٤٠٥ — الظاهر من مذهب الحنفية وجوب النفقة للمستأمن على المستأمن في قرابة الأصول والفروع ، لأن وجوب النفقة في هذه القرابة ثبت بحق الولادة ومعنى الجزئية ، وهذا المعنى لا يختلف بالاسلام والكفر كما قالوا هم^(٣) •

أما في غير قرابة الولاد ، القرابة المحرمة للنكاح الموجبة للإرث ، فالحنفية كما رأينا يقولون إن وجوبها بحق الإرث فلا تجب إذا انقضى الإرث • وحيث أن المستأمن ، عندهم ، يرث المستأمن ، إذا كانا من دار واحدة كما سيأتي في مبحث الميراث ، فيقتضي هذا أن مذهب الحنفية وجوب النفقة للمستأمن على المستأمن في قرابة غير الولاد المحرمة للنكاح إذا كان الإرث يجري بينهما ، بأن كانا من دار واحدة • أما إذا اختلفا داراً فلا يرث بينهما ولا نفقة •

أما الحنابلة ، فالشرط عندهم ، أن يكون المنفق وارثاً للمنفق عليه ، وحيث أن المستأمن ، عندهم ، يرث المستأمن إذا اتحدا ديناً — ولا أثر لاختلاف الدار عند الحنابلة كما سيأتي بيانه في مبحث الميراث — فيقتضي

(١) كشف القناع ج ٢ ص ٦٠١ •

(٢) فقرة ٣٩٧ ص ٤٧٢ من هذه الرسالة •

(٣) الكاساني ج ٤ ص ٣٠ ، ٣٦ •

— ٤٨١ —

ذلك ان النفقة تجب عندهم للمستأمن على المستأمن اذا اتحدا ديناً •
والشافعية والشيعة الامامية يوجبون النفقة للمسلم على المستأمن
وبالعكس في قرابة الولاد ^(١) فوجب النفقة للمستأمن على المستأمن
أولى ، وهذا هو مقتضى مذهبهم •

الْفَرْعُ الثَّالِثُ

نفقة الأقارب بين الذميين والمستأمنين

٤٠٦ — عند الحنفية لا تجب النفقة على الذمي للمستأمن وبالعكس
في قرابة الأصول والفروع ^(٢) • ولكن الإمام الكاساني الحنفي لم
يجعل اختلاف الدار بين الذمي والمستأمن مانعاً من وجوب النفقة بينهما
في هذه القرابة • فعنده تجب النفقة بين الأصول والفروع مع اختلاف
الدار ، وحجته في ذلك أن النفقة في هذه القرابة وجبت بحق الولادة ،
وهذا المعنى لا يختلف باختلاف الدار ^(٣) • وقول الكاساني هو ما
أرجحه في هذه المسألة وقد بينت دلائل الترجيح من قبل ^(٤) •
أما في غير قرابة الولاد ، فالحنفية يشترطون لوجوب النفقة اتحاد
الدار بين المنفق والمنفق عليه ، لأن وجوب النفقة في غير قرابة الأصول
والفروع إنما ثبتت بحق الوراثة ولا وراثة عند اختلاف الدارين
فلا نفقة ^(٥) •

- (١) فقرة ٤٠٢ ص ٤٧٨ من هذه الرسالة •
- (٢) الفتاوى الهندية ج ١ ص ٥٦٨ ، الزيلعي ج ٣ ص ٦٣ ، المادة ١٦٤
من مجموعة قدري باشا : لا نفقة مع الاختلاف ديناً الا للزوجة والأصول
والفروع الذميين فلا تجب على ... ولا على مسلم وذمي لأبويه
غير الذميين ولو كانا مستأمنين ، ولا على مستأمن لمسلمين أو ذميين •
- (٣) الكاساني ج ٤ ص ٣٧ •
- (٤) ص ٤٧٧ — ٤٧٨ من هذه الرسالة •
- (٥) الكاساني ج ٤ ص ٣٧ •

— ٤٨٢ —

أما الحنابلة فالظاهر من مذهبهم وجوب النفقة بين الذمي والمستأمن، لأن الشرط عندهم ان يكون المنفق يرث المنفق عليه ، والذمي والمستأمن يتوارثان فيما بينهما اذا اتحدا ديناً ولا عبرة باختلاف الدار بينهما • وعلى هذا فالذمي تجب له النفقة على المستأمن وبالعكس اذا اتحدا ديناً وإن اختلفا داراً ، ولا نفقة بينهما اذا اختلفا في الدين •

ومذهب الشيعة الامامية وجوب النفقة بين الذمي والمستأمن في قرابة الأصول والفروع • ومذهب الشافعية كمذهب الشيعة الامامية^(١) •

المطلب الثالث

ما عليه العمل في الوقت الحاضر
في نفقات الأقارب

٤٠٧ — ذكرنا في المطلبين السابقين أقوال الفقهاء في أحكام نفقات غير المسلمين فيما بينهم ، وفيما بينهم وبين المسلمين ، وهذه الأحكام الفقهية يطبق منها أحكام الفقه الحنبلي في العربية السعودية •

أما في العربية المتحدة فإن أحكام المذهب الحنفي ، هي التي تحكم نفقات الذميين إذا اختلفوا ملة أو طائفة • اما اذا اتحدوا فيهما فإن أحكام شرائعهم الدينية هي التي تحكم نفقاتهم • ومن هذه الأحكام عند الأقباط الأرثوذكس : أن النفقة على الأب لولده الصغير الذي ليس له مان ، وللولد الكبير الفقير الذي لا يستطيع الكسب ، وللأثني الكبيرة الفقيرة ما لم تتزوج • واذا كان الأب معدياً أو معسراً وجبت النفقة

(١) الأحكام الجعفرية في الأحوال الشخصية ص ١٠٨ . وانما قلت ان مذهب الشافعية كمذهب الشيعة الامامية لأن الشافعية قالوا بوجوب النفقة في قرابة الأصول والفروع بين المسلم والكافر المعصوم وعكسه : مغنى المحتاج ج ٣ ص ٤٤٦ — ٤٤٧ ، والمستأمن عندهم كافر معصوم ، فقد جاء في حاشية البجيرمي ج ٤ ص ١٢٩ : « الكافر المعصوم هو غير المرتد والحربي » . وعليه فوجوب النفقة بين الذمي والمستأمن ، وكلاهما كافر معصوم ، أولى •

على الأم اذا كانت موسرة فإن كانت هي معدمة أيضا فالنفقة على الجد والجددة لأب ثم على الجد والجددة لأم ، وعند عدم وجود الأصول أو إعسارهم فالنفقة تجب على الأقارب ^(١) . وتجب النفقة على الولد الموسر ، كبيراً كان أو صغيراً ، ذكراً كان أو أنثى ، النفقة لوالديه وأجداده وجداته الفقراء ولو كانوا قادرين على الكسب ^(٢) . ثم نصت المادة ١٥٢ من قواعد الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس على حكم النفقات لسائر الأقارب من غير الأصول وانفروع ، فقالت : « إذا لم يكن لمستحق النفقة أصول ولا فروع قادرين على الإنفاق عليه فتجب نفقته على أقاربه على الترتيب الآتي : الأخوة والأخوات لأبوين ثم الأخوة والأخوات لأب ثم الأعمام والعلمات ثم الأخوال والخالات ثم أبناء الأعمام والعلمات ثم أبناء الأخوال والخالات » .

وفي العراق يخضع الدييون في نفقات الأقارب لما نص عليه قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨ لسنة ١٩٥٩ ولأحكام النية الاسلامي فيسأ لم ينص عليه . وقد نص هذا القانون ، في الباب السابع منه ، على نفقة الفروع والأصول والأقارب ، وخصص لذلك المواد من ٥٨ — ٦٣ . فنص على أن نفقة الولد الذي لا مال له على أبيه ما لم يكن فقيراً عاجزاً عن النفقة والكسب ، وتستمر هذه النفقة الى أن تتزوج الأنثى ويصل الغلام الى الحد الذي يكتسب فيه أمثاله ما لم يكن طالب علم . والإبن الكبير العاجز عن الكسب بحكم الابن الصغير ^(٣) . وعلى الولد الموسر ، كبيراً كان أو صغيراً ، نفقة والديه الفقيرين ولو كانا قادرين على الكسب ما لم يظهر الأب إصراره على اختيار البطالة ^(٤) . ثم نصت المادة ٦٢ منه على حكم نفقات سائر الأقارب فقالت : « تجب نفقة كل فقير عاجز عن الكسب على من يرثه من أقاربه الموسرين بقدر إرثه منه » .

(١) المواد من ١٤٧ — ١٤٩ من قواعد الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس .

(٢) المادة ١٥١ من القواعد السابقة .

(٣) المادة ٥٩ من قانون الأحوال الشخصية العراقي .

(٤) المادة ٦١ من القانون السابق .

الفصل السابع

الوقف

تمهيد:

٤٠٨ - الوقف في اصطلاح الفقهاء حبس العين عن تملكها لأحد من العباد والتصدق بالمنفعة ابتداءً وإنتهاءً أو إنتهاءً فقط . فمن الأول الوقف على الفقراء ، ومن الثاني وقف الانسان على ولده ثم على الفقراء (١) . وقد ثبتت مشروعية الوقف بالسنة وعمل الصحابة (٢) . ولصحة الوقف شروط : - (منها) أن يكون الواقف أهلاً للتبرع ، بأن يكون حراً بالغاً عاقلاً غير محجور عليه لسفه أو غفلة أو لدين مستغرق لجميع ماله ، إلا أن السفه يصح وقفه إذا وقف على نفسه ثم على جهة بر لا تنقطع (٣) . و (منها) أن يكون الوقف على الجهة الموقوف عليها قربة في ذاته وعند الواقف ، بمعنى أن الشريعة الاسلامية تعتبر الوقف على هذه الجهة براً وتقرباً الى الله تعالى كما أن الواقف يعتقد ذلك أيضاً ، كالوقف على الفقراء (٤) .

واقسم هذا الفصل الى بحثين :

المبحث الأول - للكلام عن وقف الذميين والوقف عليهم .

والمبحث الثاني - للكلام عن وقف المستأمنين والوقف عليهم .

(١) الوقف للأبياني ص ٣ - ٤ .

(٢) صحيح البخاري ج ٥ ص ٢٦ ، مسلم ج ٧ ص ٩٥ ، أبو داود ج ٤ ص ١٥٦ ، الترمذي ج ٦ ص ١٤٣ ، النسائي ج ٦ ص ٢٣٠ ، ابن ماجة ج ٢ ص ٧٢ ، أبو داود ج ٤ ص ١٥٦ ، مسلم ج ٧ ص ٩٤ الترمذي ج ٦ ص ١٤٣ ، والنسائي ج ٦ ص ٢٣٣ ، ٢٥١ ، مسند أحمد ج ١٥ ص ١٨٠ .

(٣) الكاساني ج ٦ ص ٢١٩ ، فتح القدير ج ٥ ص ٣٨ ، رد المحتار ج ٣ ص ٤٩٧ ، الوقف للأبياني ص ٥ - ٧ ، والوقف من الناحية الفقهية والتطبيقية لاستاذنا محمد سلام مذكور ص ٥٧ وما بعدها .

(٤) الوقف للأبياني ص ١٦ ، الوقف تأليف الشيخ عشوب ص ٢٥ .

لمبحث الأول

وقف الذمين

والوقف عليهم

أولاً - مذهب الحنفية :

٤٠٩ - قال الأحناف ، الاسلام ليس بشرط في الواقف • فلو وقف ذمي على ولده ونسله وجعل آخره للمساكين لجاز وقفه (١) • ويكون الوقف في هذه الحالة على مساكين المسلمين أو مساكين أهل الذمة إلا إذا خص بوقفه مساكين أهل الذمة أو مساكين المسلمين أو مساكين أهل دين معين من أهل الذمة فيكون الوقف على من ذكرهم الواقف (٢) • وكما يجوز وقف الذمي على الذمي أو على المسلم ، يجوز أيضاً وقف المسلم على الذمي (٣) • إلا أن وقف الذمي على المستأمن لا يجوز كما لا يجوز وقف المسلم على المستأمن (٤) •

والذمي فيما يشترطه في وقفه ، إذا كان الوقف صحيحاً ، بمنزلة المسلم فيما يشترطه من شروط • فما جاز للمسلم من شروط في وقفه جاز للذمي مثله في وقفه ، كشرط الزيادة والنقصان وإدخال من يريد الواقف إدخاله وإخراج من يريد إخراجاً ونحو ذلك (٥) •

(١) فتح القدير ج ٥ ص ٣٧ ، ترتيب الصنوف في احكام الوقوف لعلي حيدر ص ١٣٦ •

(٢) الوقف للخصاف ص ٣٣٥ - ٣٣٦ ، فتح القدير ج ٥ ص ٣٧ - ٣٨ المادة ٨٨ من قانون العدل والانصاف لقديري باشا •

(٣) الدر المختار ج ٣ ص ٤٩٨ - ٤٩٩ ، ترتيب الصنوف لعلي حيدر ص ١٣٨ ، الوقف للشيخ عشوب ص ٢٧ •

(٤) ترتيب الصنوف لعلي حيدر ص ١٣٤ : يشترط ان لا يكون الموقوف عليه من رعايا دولة اجنبية ، وعليه لا يصح وقف المسلم ولا غير المسلم عقاره على من كان اجنبياً بتابعيته عن تابعة الواقف •

(٥) الوقف للخصاف ص ٣٤١ •

— ٤٨٦ —

٤١٠ — شروط صحة وقف الذمي :

يشترط لصحة وقف أهل الذمة أن تكون الجهة الموقوف عليها قرابة عندهم وعندنا ، كما لو وقف الذمي على الفقراء سواء كانوا فقراء أهل الذمة أو فقراء المسلمين ، وكالوقف على بيت المقدس . أما ما كان وقفه أو الوقف عليه ليس بقرابة عندنا وعندهم ، أو كان قرابة عندنا لا عندهم ، أو كان قرابة عندهم لا عندنا ، ففي جميع هذه الصور لا يصح الوقف من الذمي . فإذا وقف على قطاع الطريق أو على بيوت الدعارة فالوقف باطل ، لأنه ليس بقرابة عندنا ولا عندهم . وكذلك إذا وقف الذمي على البيع والكنائس أو وقف داره لتكون كنيسة ، فالوقف غير صحيح لأنه وإن كان قرابة عندهم إلا أنه ليس بقرابة عندنا . وكذلك إذا وقف على مساجد المسلمين أو وقف داره لتكون مسجداً فالوقف لا يصح لأنه وإن كان قرابة عندنا فليس هو قرابة عندهم . إلا أنه إذا وقف على ما لا يصح الوقف عليه ثم جعل آخر وقفه لجهة بر^١ يصح الوقف عليها فالوقف في هذه الحالة صحيح ويكون وقفه على هذه الجهة التي سماها ابتداءً ، كما لو وقف على كنيسة وإذا خربت يكون الوقف على الفقراء ، فالوقف في هذه الحالة يمكن تصحيحه بجعله على الفقراء ابتداءً ولا يكون للكنيسة منه شيء ، فيصح الوقف على هذا الاعتبار (١) .

فالشرط لصحة وقف الذمي أن يكون قرابة عنده وعندنا ، وهذا ما ذكره أئمة الحنفية كالخصاف وغيره ولم يذكروا فيه خلافاً بين الإمام أبي حنيفة وصاحبيه كالخلاف الذي ذكروه عنهم في وصايا الذميين ، حيث أن أبا حنيفة يرى أن الشرط لصحة وصايا الذميين ، فيما يدخل

(١) الوقف للخصاف ص ٣٣٦ — ٣٣٨ ، فتح القدير ج ٥ ص ٣٨ ، ابن عابدين ج ٣ ص ٤٩٧ — ٤٩٨ ، الوقف لمشوب ص ٢٧ ، الوقف للأبياني ص ١٦ — ١٧ ، ترتيب الصنوف ص ١٣١ ، المادة ٨٧ من قانون العدل والانصاف لقنري باشا .

— ٤٨٧ —

في باب القربات ، أن تكون الوصية قربة عندهم سواء كانت قربة عندنا أو لم تكن . أما صاحبان فيشرطان أن تكون وصاياهم قربة عندنا وعندهم . وقد نبه صاحب فتح القدير على هذا الخلاف فقال : « ومعلوم خلاف أبي حنيفة في الوصية ، فإنه إنما شرط أن يكون قربة عندهم ، فقال صاحب المحيط : الوقف كالوصية » (١) . ويرى استاذنا الشيخ محمد فرج السنهوري : « أن أبا حنيفة جار في الوقف على أصله في الوصية ، وأن المدار فيهما عنده على ما يدين به أهل ملة الواقف » (٢) .

٤١١ - وقف الدهري :

الدهري هو الذي لا يؤمن بوجود الله تعالى ، فإذا كان الذي دهرياً فهل يصح منه الوقف ؟ قلنا إن الشرط لصحة وقف الذي ، عند الحنفية ، أن يكون قربة في معتقده وفي الشريعة الإسلامية ، فكيف يتأتى من الدهري اعتقاد القرية فيما يقفه وهو لا يؤمن بوجود الله تعالى ؟ سئل الإمام الخصاص عن وقف الزنديق ، والزنديق هو الذي لا يتدين بدين ، فلم يذكر فيه شيئاً صريحاً وإنما ذكر خلاف الحنفية في الذي اليهودي أو النصراني أو المجوسي يتزندق ، فقال : قال بعض الحنفية أقره على ما اختاره من ذلك وأقر الجزية عليه ، وقال بعضهم لا أقره على الزندقة (١) . والظاهر أن جواب الخصاص ليس واضحاً وإن كان يستشف منه جواز وقف الزنديق ، ولكن كيف يتأتى من الزنديق اعتقاد القرية فيما يقفه وهو لا يتدين بدين ؟ وحتى إذا قيل بإمكان ذلك على فرض أنه يؤمن بوجود الله تعالى ، فكيف يتأتى اعتقاد القرية في الوقف من الدهري وهو لا يؤمن بوجود الله تعالى ؟ الذي يبدو لي ، أن وقف

(١) فتح القدير ج ٥ ص ٣٨ .

(٢) القوانين المختارة من الفقه الإسلامي لاستاذنا الشيخ محمد فرج

(٣) السنهوري ج ٣ ص ١٠٩ .

الوقف للخصاص ص ٣٤٢ .

الدهري لا يصح على مقتضى مذهب الحنفية لأن الشرط عندهم لصحة وقف غير المسلم هو كون الوقف قربة في معتقده وفي الشريعة الاسلامية، أو قربة في معتقده فقط على ما قيل انه مذهب أبي حنيفة كما ذكرنا ذلك .

ثانياً - مذهب غير الحنفية :

٤١٢ - عند الحنابلة والشافعية والمالكية والشيعة الامامية يجوز وقف الذمي على ذمي أو مسلم ، كما يجوز الوقف عليه من مسلم أو غير مسلم . وصرح الشافعية بجواز وقف الذمي على المستأمن خلافاً للحنفية ، واشترطوا لصحة الوقف على الذمي أن لا يظهر في الوقف قصد معصية ، فلو قال الواقف وقفت داري على خادم الكنيسة لم يصح وقفه .

واحتج الحنابلة وغيرهم على جواز الوقف على الذمي بأن هذا الوقف صلة ، وصلة الذمي جائزة . كما أنه قد روي أن صفية زوجة النبي صلى الله عليه وسلم وقفت على أخ لها يهودي ، ولأن من جاز أن يقف الذمي عليه جاز أن يقف عليه المسلم .

وشرط صحة وقف الذمي أن لا تكون الجهة الموقوف عليها جهة معصية في نظر الشريعة الاسلامية وإن كان الذمي يعتقد أنها جهة بر وقرية . وعلى هذا اذا وقف الذمي على بيعة أو كنيسة لم يصح وقفه . وعلل الحنابلة عدم الصحة بأن في جواز هذا الوقف إعانة للذمي على المعصية ، والإعانة على المعصية لا تجوز . وبأن القاعدة في الوقف هي : أن ما لا يصح من وقوف المسلمين لا يصح من أهل الذمة أيضاً . إلا أن الشيعة الامامية أجازوا وقف الذمي على البيع والكنايس اعتباراً باعتقاده ، وإن كان مثل هذا الوقف لا يصح من المسلم . أما إذا كانت الجهة الموقوف عليها قربة في الشريعة الاسلامية ولكنها ليست قربة في اعتقاد الذمي ، كالوقف على المساجد ، فهذا الوقف صحيح على مذهب الحنابلة والشافعية اعتباراً باعتقادنا لا باعتقاد الذمي . وعند المالكية تفصيل في

المسألة خلاصته أن الوقف على القربات الدينية في الشرع الاسلامي التي فيها منفعة دينية عامة كالمساجد ، لا يصح من غير المسلم . أما القربات الدنيوية كبناء القناطر وتسييل الماء ونحو ذلك ، فإن وقف الذمي عليها صحيح ، فكان المالكية يذهبون مذهب الحنفية (١) .

٤١٣ - وقف الذميين في الجمهورية العربية المتحدة :

جاء في المادة (٧) من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ ما يأتي :

« وقف غير المسلم صحيح ما لم يكن على جهة محرمة في شريعته وفي الشريعة الاسلامية » ؛ فهذه المادة بينت حكم الوقف من غير المسلم من ناحية الموقوف عليه ومن ناحية ما يعتقده الواقف غير المسلم من قرابة فيما يقفه . أما ما عدا ذلك فإن وقف غير المسلم كوقف المسلم في خضوعه لأحكام هذا القانون ولما تطبقه المحاكم المختصة في مسائل الوقف (٢) .

فوقف الذمي ، بموجب هذه المادة ، يكون باطلاً إذا كان وقفه على جهة يعتبر الوقف عليها محرماً ومعصية في شريعة الواقف وفي الشريعة الاسلامية كما لو وقف الذمي اليهودي أو المسيحي على بيوت الدغارة والفجور ، لأن الوقف على هذه الجهات محرم في جميع الأديان . أما فيما عدا هذه الحالة فإن وقف الذمي صحيح سواء كان الوقف على الجهة التي عينها الواقف يعتبر قرابة في شريعته وفي الشريعة الاسلامية ،

(١) المغني ج ٥ ص ٥٨٧ - ٥٨٩ ، كشف القناع ج ٢ ص ٤٤٣ ، شرح منتهى الإرادات ج ٢ ص ٤٨٣ - ٤٨٤ ، فتح العزيز ج ٧ ص ١٨١ - ١٩٢ ، مغني المحتاج ج ٢ ص ٣٧٦ - ٣٨٠ ، حاشية البجيرمي ج ٣ ص ٢٠٣ ، شرح الخرشي وحاشية العدوي ج ٧ ص ٨٠ - ٨٢ ، الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي ج ٤ ص ٧٧ - ٧٩ ، شرح اللعة ج ١ : «يجوز الوقف على اهل الذمة» . جواهر الكلام ، المجلد المطبوع سنة ١٢٨٧ هـ : «يجوز الوقف من الذمي . . . أما لو وقف الكافر على البيع والكنائس جاز بلا خلاف اجدفه فيه » ، المختصر النافع ص ١٨١ ، شرح الازهار ج ٣ ص ١٦٢ .

(٢) القوانين المختارة من الفقه الاسلامي لاستاذنا الشيخ محمد فرج السنهوري ج ٣ ص ١٠٣ - ١٠٤ .

— ٤٩٠ —

كما لو وقف على المستشفيات أو على بيت المقدس أو على الفقراء ،
أو كان قرابة في أحدهما فقط كالوقف على البيع والكنائس أو على
المساجد • •

ويلاحظ هنا أن المراد من شريعة غير المسلم هو ما كان شائعاً من
دينهم متفقاً عليه فيما بينهم ، سواء وردت به شريعتهم أو لم ترد ، حقاً
كان أو باطلاً ، ولكن لو شاع بينهم ما هو مخالف لشريعتهم فلا يعتبر
منها • كما أن المراد من كون الجهة الموقوف عليها محرمة في الشريعة
الاسلامية هو أن يكون هذا التحريم متفقاً عليه في المذاهب الاسلامية
التي يعتقد بها المسلمون ، فإن لم يكن هذا التحريم إلا في بعض المذاهب
الاسلامية لم تعتبر الجهة هنا محرمة في الشريعة الاسلامية في نظر هذه
المادة • وأخيراً فإن هذه المادة تطبق على وقف غير المسلم الذي له
شريعة ، أما من ليس له شريعة كالزنديق والدهري فلا تنطبق على وقفه ،
وإنما يخضع للأحكام الراجعة من مذهب أبي حنيفة (١) •

ويلاحظ أن الوقف الذري ، الأهلي ، قد ألغى بموجب المادة الأولى
من القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ والتي نصت على انه : « لا يجوز
الوقف على غير الخيرات » • وبهذا لم يعد جائزاً الوقف على أشخاص
معينين بأسمائهم أو بأوصافهم • فلا بد لجواز الوقف أن يكون على جهة
بر ، لا تنقطع ، ابتداءً (٢) •

٤١٤ - وقف الذميين في العراق :

مسائل الوقف في العراق محكومة بالفقه الحنفي سواء كانت من
أوقاف المسلمين أو من أوقاف غير المسلمين (٣) • وعلى هذا فما ذكرناه

(١) المرجع السابق ص ١٠٤ - ١٠٦ •

(٢) الوقف من الناحية النظرية والتطبيقية لاستاذنا محمد سلام مذكور
ص ٨٠ •

(٣) احكام الاوقاف للاستاذ محمد شفيق العاني ، رئيس محكمة تمييز
العراق ص ٨ •

— ٤٩١ —

أحكام في مسائل الوقف بالنسبة للذمين ، طبقاً للمذهب الحنفي ، هي التي تطبق على أوقاف الذمين في العراق • ويلاحظ هنا أن الوقف الذري في العراق تجوز تصفيته بالبيع وتقسيم الثمن على المستحقين في هذا الوقف ، طبقاً لمرسوم جواز تصفية الوقف الذري رقم ١ لسنة ١٩٥٥ •

لِمَبْحَثِ الثَّانِي

وقف المستأمنين

والوقف عليهم

٤١٥ — قال الحنفية : المستأمن في دار الاسلام يجوز له من الوقف ما يجوز للذمي ، فلو اشترى المستأمن داراً ووقفها صح وقفه ولا يبطل برجوعه الى دار الحرب ولا بموته في دار الاسلام ولا برجوعه عن وقفه (١) • ويترتب على هذا الأصل أن ما يشترط لصحة وقف الذمي يشترط لصحة وقف المستأمن • فلا بد أن تكون الجهة الموقوف عليها قرابة في الشريعة الاسلامية وفي شريعة الواقف المستأمن • كما أن للمستأمن أن يشترط من الشروط في وقفه ما يجوز للذمي أن يشترطه في وقفه على النحو الذي ذكرناه في وقف الذمي •

ويلاحظ هنا أن إطلاق قول الحنفية بجواز وقف المستأمن ، يشمل المستأمن الكتابي وغيره كالدهري • وحيث أن الدهري لا يتدين بدين بل ولا يعتقد بوجود الله تعالى فلا يمكن أن يتأتى منه إعتقاد القرابة فيما يقفه ، وهذا الاعتقاد شرط لصحة وقفه كما هو شرط صحة وقف الذمي • وعليه يبدو أن وقف المستأمن الدهري لا يصح على مقتضى

(١) الخصاف ص ٣٣٢ •

مذهب الحنفية •

اما الوقف على المستأمن ، فقد قلنا — في بحث وقف الذمي —
ان الذمي لا يجوز له الوقف على المستأمن كما لا يجوز وقف المسلم
عليه (١) . والظاهر عدم جواز وقف المستأمن أيضاً على المستأمن •
٤١٦ — ومذهب الشافعية أن المستأمن في الوقف كالذمي حتى
أنه يصح الوقف عليه ، كما يصح الوقف منه حتى لمسجد اعتباراً باعتقادنا
لا باعتقاده كما هو الحكم عندهم بالنسبة للذمي (٢) •
ويبدو أن المستأمن إذا كان دهرياً فإن وقفه يصح متى كانت الجهة
الموقوف عليها جهة بر وقربة في الاسلام • لأن المنظور اليه عند الشافعية
هو أن تكون الجهة الموقوف عليها جهة بر وقربة في الشريعة الاسلامية
أو على الأقل ألا تكون جهة معصية ، ولا اعتبار باعتقاد الواقف •
والحنابلة والمالكية وإن لم يصرحوا بحكم وقف المستأمن ، ولكن الظاهر
أن المستأمن عندهم في باب الوقف كالذمي لأن كلاهما غير مسلم ،
ويصح تصرفه فيما يملكه (٣) •

(١) ص ٤٨٥ من هذه الرسالة •

(٢) مغني المحتاج ج ٢ ص ٣٧٦ — ٣٧٧ : « شرط الواقف صحة
مبارته • دخل في ذلك الكافر فيصح منه ولو لمسجد وإن لم يعتبره
قربة اعتباراً باعتقادنا » . وحاشية البجيرمي ج ٣ ص ٢٠٣ :
« يصح الوقف على ذمي وكذا على أهل الذمة ، والمعاهد والمستأمن
إذا دخل دارنا بأمان » •

(٣) عرف الحنابلة الوقف بأنه تحبيس مالك بنفسه أو وكيله مطلق
التصرف ، وهو المكلف الحر الرشيد ، ماله المنتفع به مع بقاء عينه ؛
كشاف القناع ص ٤٤٠ ، شرح منتهى الإرادات ج ٢ ص ٤٧٨ •
وعرف المالكية الوقف بأنه جعل المالك منفعة مملوك له لاستحقاق بعينه
الواقف : الشرح الصغير للرددير وبلغة السالك ج ٢ ص ٢٧٤ •
ومعلوم ان المستأمن كالذمي يصح أن يكون مالكا فيصح أن يكون
واقفاً أيضاً • وجاء في الشرح الكبير للرددير ج ٤ ص ٧٨ — ٧٩ :
« وبطل — أي الوقف — من كافر ولو ذمياً لكمسجد ورباط من كل
منفعة عامة دينية » • وكلمة كافر تصدق على الذمي والمستأمن •

— ٤٩٣ —

٤١٧ — وقف المستأمن في الوقت الحاضر :

في الجمهورية العربية المتحدة نصت المادة ٧ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ : « وقف غير المسلم صحيح ما لم يكن على جهة مجرمة في شريعته وفي الشريعة الاسلامية » • وكلمة غير مسلم بعمومها تصدق على الذي والمستأمن • وعلى هذا فما قلنا بصدد هذه المادة ، في مبحث وقف الذي في العربية المتحدة ، يقال هنا أيضاً • فتتطبق هذه المادة والأحكام الخاصة بالوقف على وقف المستأمن كلما كان القانون الواجب التطبيق هو القانون المصري « العربي » •

وفي العراق تخضع مسائل الوقف لأحكام المذهب الحنفي ، كما قلنا • والأحناف يجيزون وقف المستأمن • وتطبق على وقوف المستأمنين أحكام هذا المذهب كلما كان القانون الواجب التطبيق هو القانون العراقي •

الفصل الثامن

الوصية والميراث

تمهيد:

٤١٨ - الوصية والميراث يجمعهما معنى واحد هو أن كلاهما تصرف على وجه البرّ في مال الانسان ، وإن اختلفا في أن الميراث برّ للأقربين بعد الموت بمقتضى وصية الله ، والوصية تصرف على وجه البر مطلقاً مضاف الى ما بعد الموت بمقتضى وصية الانسان نفسه (١) . ولهذا آثرت جعل الوصية والميراث في فصل واحد اقسمه الى مبحثين :

المبحث الأول - الكلام عن الوصية .

المبحث الثاني - للكلام عن الميراث .

المبحث الأول

الوصية

تمهيد:

٤١٩ - الوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت (٢) . وعرفها قانون الوصية المصري « العربي » رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ : الوصية تصرف في التركة مضاف الى ما بعد الموت (٣) . والتعريف الأول ، وهو ما ذكره فقهاء الأحناف ، لا يشمل بعض صور الوصية التي جاء بها القانون ،

(١) الوصايا في الفقه الاسلامي لاستاذنا محمد سلام مذكور ص ٦ .

(٢) الدر المختار ج ٥ ص ٥٦٨ .

(٣) المادة الأولى منه . وعرفها قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ بمثل تعريف قانون الوصية المصري « العربي » .

ومنها الوصية بإبراء الكفيل من الكفالة ، وكالوصية بتأجيل الدين ،
وبيع عين معينة من التركة لشخص معين بثمان معلوم . فقد أخذ قانون
الوصية المصري « العربي » بهذه الصور من الوصية تيسيراً على الناس
في معاملاتهم واستناداً الى أقوال بعض الفقهاء . وعلى هذا لا تكون
الوصية تملكاً فقط ، وإنما تكون غير هذا أيضاً . فقد تكون صدقة ،
كما إذا أوصى لجهة من جهات الخير ، وقد تكون إيثاراً وتفضيلاً وبراً
كأن يوصي ببيع شيء معين من تركته لشخص معين بثمان معين ^(١) .
والوصية مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع . فمن الكتاب قوله
تعالى : « من بعد وصية يوصى بها أو دين غير مضار » ^(٢) . ومن
السنة ما روي أن سعد بن أبي وقاص مرض ، فزاره النبي صلى الله عليه
وسلم ، فقال : يا رسول الله أوصي بجميع مالي ؟ فقال : لا . فقال بثلاثي
مالي ؟ قال : لا . قال فنصف مالي ؟ قال : لا . قال فثلث مالي ؟ فقال
عليه الصلاة والسلام : الثلث ، والثلث كثير . إنك إن تدع ورثتك
أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكفون الناس ^(٣) . وقد إنعقد الاجماع
على جواز الوصية ^(٤) .

وأتكلم في المطلب الأول من هذا المبحث عن الوصية بالنسبة
للذمين ، ثم أتكلم في المطلب الثاني عن الوصية بالنسبة للمستأمنين

(١) الوصايا في الفقه الاسلامي لاستاذنا محمد سلام مذكور ص ٢٥٥
وما بعدها .

(٢) سورة النساء ج ٤ ، الآية ١٢ .

(٣) البخاري ج ٥ ص ٦ ، مسلم ج ٢ ص ٨٣ ، أبو داود ج ٤ ص
١٤٥ الترمذي ج ٨ ص ٢٦٨ ، النسائي ج ٦ ص ٢٤١ ، أحمد
ج ١٥ ص ١٨٣ ، مسند الشافعي ج ٢ ص ٢٢٢ .

(٤) الكاساني ج ٧ ص ٣٣٠ .

الطلب الأول

الوصية بالنسبة للذميين

أولاً - مذهب الحنفية :

٤٢٠ - قال الحنفية : لا يشترط في الموصي أن يكون مسلماً حتى لو أن ذمياً أوصى لمسلم صحت وصيته . لأن الكفر لا ينافي أهلية التملك ، ألا يرى أنه يصح بيع الكافر وهبته فكذا وصيته (١) . وكذلك لا يشترط في الموصى له أن يكون مسلماً ، إلا أنه يشترط ألا يكون حربياً غير مستأمن . وعلى هذا إذا أوصى مسلم لذمي صحت الوصية (٢) . لأن الله سبحانه وتعالى ما نهانا عن بر الذميين ، قال تعالى : « لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم وتقسطوا إليهم إن الله يحب المقسطين » . فالأية الزكيمة لم تنه المسلمين عن بر الذميين ، والوصية لهم بر فكانت غير منهي عنها (٣) . فللذمي أن يوصي لمسلم أو لذمي ، وسواء أوصى الذمي لذمي من أهل ملته أو من غير أهل ملته ، فوصيته صحيحة لأن الاختلاف بينه وبين غير أهل ملته لا يكون أكثر من الاختلاف بيننا وبينهم ، وقد جازت الوصية بيننا وبينهم فلأن تجوز بين الذميين ، ولو اختلفت مللهم ، أولى (٤) .

(١) الكاساني ج ٧ ص ٣٣٥ .

(٢) الكاساني ج ٧ ص ٣٤١ .

(٣) الهداية وشرح العناية ج ٨ ص ٤٢٩ . أما الوصية للحربي فإنها لا تجوز على رأي الأحناف والشيعة الإمامية لأن الوصية لهم بالمال أمانة على محاربتنا . وتجوز على رأي أحمد بن حنبل ومالك وأكثر أصحاب الشافعي ، وقاسوا ذلك على الهبة له ، كما احتجوا بالأثر وفيه صلة أسماء لامها لما جاءتها من مكة ولم تكن مسلمة . أما المانعون فقد احتجوا بآية : لا ينهاكم الله . . الخ . : الوصايا في الفقه الاسلامي لاستاذنا محمد سلام مذكور ص ٣٣٦ .

(٤) الكاساني ج ٧ ص ٣٤١ ، رد المحتار ج ٥ ص ٦١٠ .

ووصية المستأمن للذمي تجوز ^(١) . أما وصية الذمي للمستأمن فكذلك تجوز ، في ظاهر الرواية عند الحنفية ، لأنه في عهدنا فأشبه الذمي الذي هو في عهدنا . كما أن المستأمن في المعاملات ، ما أم في دارنا ، كالذمي ، والوصية تجوز للذمي فكذا للمستأمن ^(٢) . وروي عن أبي حنيفة وأبي يوسف أن الوصية لا تجوز للمستأمن لأن فيها إعانة له ، لأنه من أهل الحرب حكماً ، وإعانة الحربى لا تجوز ^(٣) . والقول بالجواز على ما جاء في ظاهر الرواية ، هو القول الأنظر في المذهب الحنفى ^(٤) . وتجوز وصية الذمي للذمي بالخير والخزير لأنهما مال متقوم في حقهم كالخل والشاة في حقنا . أما المسلم فلا تجوز وصيته بهما للذمي كما لا تجوز وصية الذمي بهما للمسلم ، لأن الخمر والخزير محرمان على المسلم ، وليس من الأموال المتقومة في حقه ، ومن شروط صحة الوصية أن يكون الموصى به مالا متقوماً ^(٥) .

وحيث أن الذمي في الوصية كالمسلم ، إلا فيما يخص الوصية بالخير والخزير ، فلا يجوز للذمي أن يوصى بأكثر من الثلث إلا إذا أجاز وصيته الورثة . وكذلك لا تنفذ وصيته لبعض ورثته إلا إذا أجازها بقية الورثة كما هو الحكم بالنسبة للمسلمين . لأن الذميين التزموا أحكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات ، ومن هذه الأحكام عدم جواز الوصية بأكثر من الثلث وعدم نفاذها للوارث إلا إذا أجازها

(١) الكاساني ج ٧ ص ٣٣٥ ، المادة ٥٤٢ من مجموعة قدرى باشا : « . . فتجوز الوصية من المسلم للذمي والمستأمن بدار الاسلام ، ومن الذمي والمستأمن للمسلم والذمي ولو من غير أهل ملته » .
(٢) شرح السير الكبير ج ٤ ص ٢٨٨ : « وصية الذمي للحربى المستأمن بالثلث تكون صحيحة » . الكاساني ج ٧ ص ٣٤١ ، الهداية ج ٨ ص ٤٨٨ .

(٣) الكاساني ج ٧ ص ٣٤١ ، الهداية ج ٨ ص ٤٨٨ .

(٤) الدر المختار ج ٥ ص ٦١١ .

(٥) الكاساني ج ٧ ص ٣٥٢ .

• بقية الورثة (١)

٤٢١ - ثانياً - مذهب الحنابلة والشافعية :

تصح الوصية من المسلم للذمي لما روي أن صفية بنت حيي رضي الله عنها أوصت لأخيها اليهودي بألف دينار ، ولأن الهبة تجوز للذمي فتجوز الوصية له كالمسلم • إلا أنه لا تصح الوصية للذمي بما لا يصح تملكه له كالعبد المسلم • وكما تصح وصية المسلم للذمي تصح وصية الذمي للمسلم وللذمي أيضاً • وكذلك تصح وصية المسلم أو الذمي للمستأمن بل وحتى للحربي في دار الحرب • واحتجوا لجواز الوصية للحربي والمستأمن بما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطى حلة لعمر بن الخطاب رضي الله عنه فبعثها عمر إلى أخ له مشرك بمكة ، ومكة يومئذ دار حرب • واحتجوا أيضاً بما روي عن أسماء بنت أبي بكر أنها وصلت أمها المشركة لما جاءتها ، وكانت حربية ، بعد أن سألت أسماء رسول الله صلى الله عليه وسلم عن جواز صلتها ، فأجاز لها ذلك • فدل هذا الخبر على جواز صلة الحربي ، والوصية صلة فتجوز له أيضاً •

ويخضع الذمي في وصيته للأحكام التي يخضع لها المسلم • ولو أوصى لوارثه أو أوصى لأجنبي بأكثر من الثلث وقف ذلك كله على إجازة الورثة ، كما هو الحكم بالنسبة لوصية المسلم (٢) •

٤٢٢ - ثالثاً - مذهب المالكية :

عند المالكية تصح وصية الكافر للكافر أو للمسلم بما يصح تملكهما

(١) الفتاوى البرازية ج ٣ ص ٤٣٦ : « وصية الذمي فيما زاد على الثلث لا تجوز » . الهداية ج ٨ ص ٤٨٨ •

(٢) المغني ج ٦ ص ١٠٣ - ١٠٤ ، المهذب ج ١ ص ٤٥٧ ، تحفة المحتاج بشرح المنهاج ج ٧ ص ٤ ، فتح العزيز ج ٥ ص ٩ ، شرح منهج الطلاب وحاشية البجيرمي ج ٣ ص ٢٦٧ - ٢٦٨ ، مغني المحتاج ج ٣ ص ٣٩ ، ٤٣ •

— ٤٩٩ —

له . فتصح وصية الكافر للكافر بالخير ولا تصح للمسلم ، لأن غير المسلم له أن يملك الخمر ولا يجوز ذلك للمسلم ^(١) . وقولهم بجواز الوصية من الكافر للكافر يفيد جواز وصية المسلم للذمي والمستأمن وبالعكس ، كما يفيد جواز وصية الذمي للمستأمن وبالعكس لعموم كلمة كافر . وقد صرحوا بجواز الوصية للذمي وعللوا هذا بأنه يصح تسلكه ^(٢) ، والمستأمن يصح تملكه أيضاً فتصح الوصية له ^(٣) .

٤٢٣ - رابعاً - مذهب الظاهرية :

وعند الظاهرية تجوز الوصية للذمي حتى قال ابن حزم : « لا نعلم في هذا خلافاً ، وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم في كل ذي كبد رطبة أجر » ^(٤) ، ويفهم من كلام ابن حزم انه يجيز الوصية للمستأمن بل وحتى للحربي .

٤٢٤ - خامساً - مذهب الشيعة الامامية :

وعند الشيعة الامامية تجوز وصية المسلم أو المستأمن للذمي ، كما تجوز وصية الذمي للمسلم والذمي للمستأمن ^(٥) .

(١) شرح الخرشي ج ٨ ص ١٦٨ ، الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٤٢٣ ، الخطاب ج ٦ ص ٣٦٥ .

(٢) شرح الخرشي ج ٨ ص ١٧٠ ، الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٤٢٦ .

(٣) في مواهب الجليل للخطاب ج ٦ ص ٣٦٥ : « وظاهر كلامهم ان وصية الكافر تصح للكافر مطلقاً ذمياً كان أو حربياً ، ولم ار من صرح به » .

(٤) المحلى ج ٩ ص ٣٢٣ .

(٥) شرح اللمعة ج ٢ : « وتصح الوصية للذمي وان كان اجنبياً بخلاف الحربي وان كان رحماً لاستلزامها المودة المنهى عنها » . وجواهر الكلام ، المجلد المطبوع سنة ١٢٨٧ هـ : « تصح الوصية للذمي ، وفي الوصية للحربي تردد وخلاف ، اظهره المنع » . والأحكام الجعفرية في الاحوال الشخصية ص ١٣٣ - ١٣٤ : « اختلاف الدين والملة لا يمنع صحة الوصية ، فتجوز الوصية من المسلم للذمي والمستأمن بدار الاسلام ، ومن الذمي والمستأمن للمسلم والذمي ولو من غير ملته » . والمختصر النافع ص ١٨٧ .

٤٢٥ - سادساً - مذهب الزيدية :

جاء في شرح الأزهار في فقه الزيدية : « وتصح الوصايا بين أهل الذمة إذا كانت فيما يملكون ... ولو أوصى أهل الذمة لكنيسة أو لبيعة بشيء لم يمنعوا من تنفيذه لتقريرهم على شرائعهم • وتصح الوصية من المسلم للذمي وإن لم يكن معيناً ، وكذا العكس • « تصح وصية الذمي للمسلم » • ومفهومه أنها لا تصح للكافر الحربي • والمستأمن كالذمي » ^(١) •

وفي البحر الزخار وهو يحكي فقه الزيدية : « وتصح لأهل الذمة إجماعاً لقوله تعالى : لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين • الآية ولا تصح للحربي ولو بغير السلاح لقوله تعالى : إنما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين • الآية » ^(٢) • وفيه أيضاً : « وتصح بين أهل الذمة فيما يملكون ، ولو خيراً لصحة تصرفهم فيه • • • وتصح منهم لكنائسهم ويبيعهم في خططهم لأنهم أقرؤا على ذلك » ^(٣) •

فهذه النصوص من فقه الزيدية صريحة في جواز وصية الذمي وجواز الوصية له ، وقد ذكرتها نصاً ، لأنه ورد في تنمة الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير ، في فقه الزيدية ، ما يدل على أن الوصية لا تجوز عند اختلاف الدين بين الموصي والموصى له ، وهذا نص كلامهم : « حدثني زيد بن علي عن أبيه عن جده عن علي عليهم السلام قال : لا وصية لقاتل ولا لوارث ولا لحربي » ^(٤) • وجاء في شرح هذا الخبر :

« قوله ولا لحربي » هذا هو الموافق لقياس الوصية على الميراث

(١) شرح الأزهار ج ٤ ص ٤٧٨ - ٤٧٩ •

(٢) البحر الزخار ج ٥ ص ٣٠٩ •

(٣) البحر الزخار ج ٥ ص ٣١١ •

(٤) تنمة الروض النضير « ويسمى الجزء الخامس » ص ١٠٧ •

اذ وجه شرعيتها بالنظر الى القريب واحدة وهي صلة الرحامة ، وقد عرفت أن الرحم بالبر والصلة أولى ، وأن الميراث بدل عن الوصية لذي الرحم وأن آيات المواريث إنما بينت من هو الأولى بتلك الصلة عند الممات وكم يستحق كل واحد منهم عند الاجتماع بآخر منهم والافتراق عنه ... الخ وبهذا تعرف استواءهما في وجه الاستحقاق فيكون وجه الإمتناع واحداً • فإذا امتنع توريث واحد منهم لكفره لحديث اسامة المتفق عليه انه «لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم» امتنع الإيضاء له وإذا امتنع الإيضاء للقريب لكفره امتنع لغيره بالأولى ، وهذا الدليل عام لعموم المقيس عليه لكل كافر حربي أو ذمي ، ولا يصلح ما رواه البيهقي من حديث عكرمة أن صفية قالت لأخ لها يهودي أسلم ترثني فرفع ذلك الى قومه فقالوا أتبيع دينك بالدنيا ؟ فأبى أن يسلم فأوصت له بالثلث • والوجه الذي امتنع توريثه لأجله هو الوجه الذي يمتنع به الإيضاء له • ولو كان المخلّف من قرابة المسلم أبويه ذميين أو أحدهما امتنع الإيضاء لهما أو لأحدهما فلا يصح ذلك تخصيصاً من عموم الحكم المانع للإيضاء لهما أو لأحدهما بقوله تعالى : « وصاحبهما في الدنيا معروفاً » لأن المصاحبة قد انقطعت بالموت والحكم المستفاد من القياس أخص من المستفاد من قوله تعالى : « لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم ... الآية » فيقتصر عموم جواز البر بهم على كونه في الدنيا وذلك هو وجه بناء العام على الخاص • وأيضاً غير الوالدين أولى باقتطاع المصاحبة بالموت فيكون جواز البر بغيرهم المستفاد من آية « لا ينهاكم الله » مقيداً بكونه في الدنيا • فإن قلت العبرة بحياة المبر به الأبوين وبه يحصل الثواب للمبر بهما من الأولاد ، قلت : لو جاز ذلك لجاز قياس سائر الأقارب لوجود العلة الجامعة بين الأبوين وأولاد الميت واخته ... الخ وكون الأبوين أولى بالبر لا يمنع جواز بر غيرهما لإمكان الجمع ولو جاز

— ٥٠٢ —

ذلك لما امتنع توريث الكافر من القرابة لما عرفت أن وجه شرعيتها
واحد ، وأن كلاً منها صلة عند الممات • لذلك فيتعين قصر جواز البر
بالكافر قريباً أو غير قريب بكونه في حال حياة كل من المبر والمبر
وذلك واضح لا يخفى » (١) •

وخلاصة هذا الرأي أن الوصية كالإراث ، وأن الميراث بدل عن
الوصية للأقارب ، فكما لا يجوز للميراث للقريب لكفره ، لا تجوز أيضاً
الوصية للقريب لكفره • وإذا امتنعت الوصية للقريب الكافر امتنعت
للأجنبي الكافر بالأولى • وإن البر بالوالدين وبمن لهم يقاتلون في
الدين إنما يجوز في حال حياة المبر لا بعد موته • ومقتضى هذا القول
عدم جواز الوصية عند اختلاف الدين كما لا يجوز الإرث ، فلا تجوز
وصية مسلم لذمي ولا العكس ، وتصح وصية الذمي لمثله •

٤٢٦ - القول الراجح :

وقول الجمهور هو الراجح • أما ما ذهب إليه الزيدية — على
ما جاء في تنمة الروض النضير — فضعيف ومردود بما يأتي :

١ — ان نص الأثر المروي عن زيد بن علي هو : « لا وصية
لحربي » • والحربي غير الذمي ، فينبغي أن يقصر قوله على الحربي
دون الذمي •

٢ — قولهم ان سبب شرعية الوصية والميراث واحد ، وهو صلة
الرحم ، مردود بأن الوصية قد تكون لأجنبي ، فليست هي مختصة
بذي الرحم • وحتى لو كان الأمر كما قالوا فلا يعني ذلك أن حكم
الميراث والوصية واحد ، لأن الميراث خلافة جبرية بحكم الشرع بسبب
القرابة ولا دخل لارادة الفرد فيها • أما الوصية فهي تمليك للغير
بإرادة الموصي لا بسبب القرابة •

٣ — القول بأن الميراث بدل عن الوصية ، اذا صح ، فهو بالنسبة

(١) تنمة الروض النضير ص ١١٦ •

للورثة • أما الوصية للأجانب فلم يأت بدله شيء فتبقى جائزة سواء أكان الأجانب مسلمين أم غير مسلمين • وأيضاً ، ان قولهم : الميراث بدل عن الوصية لذي الرحم • إن صح فليس هو على عمومه فقد روي عن جماعة من العلماء من السلف أنهم قالوا : نسخ وجوب الوصية بالنسبة للوالدين والأقربين الذين يرثون ، ولم تنسخ الوصية بالنسبة لمن لا يرث من الأقارب والوالدين ^(١) • وهذا ما رجحه الإمام الطبري في تفسيره وحكاه عن مسروق والضحاك وقتادة وابن عباس والحسن وغير واحد من السلف ^(٢) • فتكون الوصية ، لمن لا يرث من الأقارب جائزة ، إن لم تكن واجبة كما قال الإمام ابن حزم ^(٣) •

٤ — إن الحديث الشريف « لا يرث المسلم الكافر والكافر المسلم » منع التوارث عند اختلاف الدين ولم يمنع الوصية عند اختلاف الدين •

٥ — إن امتناع الإرث بسبب اختلاف الدين إنما كالا لا تقطع الولاية لأن الارث مبني على الولاية ، أما الوصية فليست مبنية على الولاية فلا يؤثر في جوازها اختلاف الدين •

٦ — الوصية تمليك ، وللمسلم أن يملك ماله من يشاء ، من مسلم أو كافر ، لأن تمليك الكافر جائز غير ممنوع إذ هو من أهل التملك ، فتجوز له الوصية كما تجوز له الهبة •

٧ — ردهم الإحتجاج بآية « لا ينهاكم . . . الآية » بقولهم ان هذا ، أي برهم ، إنما هو في الحياة الدنيا ، قول ضعيف • لأن بر غير

(١) نيل الأوطار ج ٦ ص ٣٤ •

(٢) تفسير الطبري ج ٢ ص ١١٥ — ١١٨ •

(٣) المحلى ج ٩ ص ٣١٤ : « وفرض على كل مسلم ان يوصي لقربائه الذين لا يرثونه أما لرق وأما لكفر . برهان ذلك قوله تعالى : « كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقاً على المتقين » •

— ٥٠٤ —

المسلم بالوصية إنما يكون في الحياة الدنيا بسبب وصية المسلم له وهو في قيد الحياة ، ولكن لا يظهر أثر الوصية بالنسبة للموصى له إلا بعد موت الموصي ، وهذا لا ينفي أن سبب هذا البر كان في حياة الموصي ، وبالتالي يكون براً للموصى له في حياة الموصي ، فينبغي ، إذن ، أن يجوز على مقتضى مذهب الزيدية على ما جاء في تنمة الروض النضير .

٤٢٧ - وصايا الذميين بالقربات :

ما ذكرناه في الفقرات السابقة عن المذاهب الاسلامية في وصايا الذميين إنما هو في الوصية لمعين التي يراد بها التملك والصلات الشخصية . أما وصايا الذميين بالقربات فإن فيها تفصيلاً واختلافاً بين الفقهاء ، نوجز القول فيه على النحو التالي :

أولاً - مذهب الحنفية :

يقسم الحنفية وصايا الذميين بالقربات الى أربعة أقسام :

١ - وصية الذمي لجهة تعتبر قرابة في الشريعة الاسلامية وفي دياناته . كما لو أوصى بثلاث ماله للتصدق به على فقراء المسلمين أو فقراء أهل الذمة . فهذه الوصية جائزة باتفاق الحنفية ، ووجه جوازها واضح لأنها قرابة في الاسلام وفي ديانة الذمي . وتجاوز هذه الوصية سواء كانت لقوم معينين أو غير معينين .

٢ - وصية الذمي لجهة تعتبر معصية في الاسلام وفي معتقده . كما لو أوصى للمؤسسات أو بيوت المنكر والفسق . فهذه الوصية باطلة باتفاق الأحناف ، لأنها معصية في حقنا وحقهم ، إلا أن تكون لقوم بأعيانهم فتصح تملكاً لهم من الثلث ، فإن لم يكونوا معينين فلا تصح على وجه التملك لهم ، لأن التملك من المجهول لا يصح ، ولا يمكن تصحيحها على وجه القرابة لأنها معصية عند الكل .

٣ - وصية الذمي لجهة تعتبر قرابة في الاسلام وليست قرابة في

دين الذمي . كما لو أوصى ببناء مسجد للمسلمين أو بأن يسرج في مساجد المسلمين . فهذه الوصية باطلة باتفاق الأحناف نظراً الى اعتقاد الذمي ، إلا إذا كانت الوصية لقوم بأعيانهم كما لو أوصى ببناء مسجد لقوم معينين ، فإنها تصح لوقوع ما أوصى به تملكاً لهم لأنهم معلومون ، ويعتبر ما ذكره الموصي ، في وصيته ، على سبيل الإرشاد لا الإلزام ، فلمهم أن يفعلوا بالموصى به ما يريدون لأنه ملكهم .

٤ — وصية الذمي لجهة تعتبر قرابة في دينه وليست قرابة في شرع الاسلام . كما أوصى للاديرة والكنائس ، أو أوصى ببناء كنيسة لأهل دينه أو مذهبه . فهذه الوصية ، إن كانت لقوم معينين فهي جائزة ، لأن الوصية فيها معنى الاستخلاف ومعنى التملك ، وللذمي ولاية التملك ، فأمكن تصحيح وصيته بهذا الاعتبار . ولهم أن يفعلوا بالموصى به كما يريدون لأنه ملكهم . أما إذا كانت هذه الوصية لقوم غير معينين فقد اختلف الحنفية : فعند أبي حنيفة تجوز هذه الوصية ، وقال صاحبان لا تجوز . وحجة أبي حنيفة هي أن هذه الوصية قرابة في معتقدهم ، ونحن أمرنا بتركهم وما يدينون ، فتجوز هذه الوصية بناء على اعتقادهم ، لأن المنظور اليه في صحة وصاياهم هو ما كان قرابة عندهم ، ولهذا إذا أوصى الذمي بما هو قرابة عندنا لا عندهم ، كالوصية بالحج ، لم تصح وصيته بالإتفاق ، فدل ذلك على أن المعتبر هو ما كان قرابة عندهم لا عندنا . وحجة صاحبين هي أن هذه الوصية معصية حقيقة وإن كانت في معتقدهم قرابة ، والوصية بالمعصية باطلة لأن في تنفيذها إغاة عليها ، وهذا لا يجوز (١) .

(١) الفتاوى البزازية ج ٣ ص ٤٣٦ ، الهداية ج ٨ ص ٤٨٧ ، الكاساني ج ٧ ص ٣٤١ ، شرح الكنز للزيلعي ج ٦ ص ٢٠٥ ، شرح الكنز للأفغاني ج ٣٢٥ ، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ج ٢ ص ٧١٦ - ٧١٧ ، رد المحتار ج ٥ ص ٦١٠ ، الوصايا في الفقه الاسلامي لاستاذنا محمد سلام مذكور ص ٣٢٤ ، ٣٣٢ ، ٣٣٤ .

تانياً - المذاهب الأخرى :

ذهب الشافعية والحنابلة الى أن الوصية إذا كانت لغير معين فيشترط لصحتها ألا يكون الموصى له جهة معصية في الشريعة الاسلامية ، كالوصية للكنائس ، سواء كان الموصي مسلماً أو غير مسلم . ولكن لو أوصى الذمي ببناء بيت لنزول المارة فيه من أهل الذمة أو المستأمنين جازت الوصية لعدم المعصية فيها . وتصح وصية الذمي لجهة تعتبر قرينة في الاسلام وإن لم يعتقدوا الذمي قرينة ، كما لو أوصى بإنشاء مسجد للمسلمين ، وهذا ما صرح به الشافعية . وهو مقتضى مذهب الحنابلة ، لأنهم يطلون وصية الذمي إذا كانت لجهة تعتبر معصية في الاسلام ، ومعنى ذلك أنهم يجيزون وصيته إذا كانت لجهة تعتبر قرينة في الاسلام وإن لم يعتقدوا هو قرينة (١) .

ومذهب الظاهرية والشيعة الامامية كمذهب الشافعية والحنابلة ، لأنهم لا يجيزون الوصية لجهة هي معصية في نظر الشريعة الاسلامية مسلماً كان الموصي أو غير مسلم (٢) . وهذا هو مذهب المالكية أيضاً ، على ما يظهر (٣) ، وإن كان في مذهبهم قول بالجواز (٤) .

- (١) المغني ج ٦ ص ١٠٥ ، شرح منتهى الارادات ج ٢ ص ٥٦١ ، فتح العزيز ج ٩ ص ٤ ، مغني المحتاج ج ٣ ص ٤٠ ، ٤٢ ، تحفة المحتاج بشرح المنهاج ج ٧ ص ٤ - ٥ ، شرح منهج الطلاب ج ٣ ص ٢٦٨ ، الاقناع في حل الفاظ أبي شجاع ج ٢ ص ٦١ .
- (٢) المحلى ج ٩ ص ٣٢٧ : « ولا تحل وصية في معصية لا من مسلم ولا من كافر ، كمن أوصى ببنيان كنيسة أو نحو ذلك ، لقول الله تعالى : ولا تعاونوا على الاثم والعدوان » . جواهر الكلام ، المجلد المطبوع سنة ١٢٧٢ هـ : « لو أوصى الذمي ببناء كنيسة أو بيعة أو غير ذلك معبداً لهم ومحللاً لصلواتهم ونحوها ، ورجع الأمر اليه لم يجز لنا انفاذها لأنها معصية ، والوصية فيها غير جائزة اجماعاً » .
- (٣) جاء في شرح الخرشي ج ٨ ص ١٧١ : « وكذلك تبطل الوصية اذا كانت على معصيته كشراب الخمر مثلاً » . وفي الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٤٢٦ : « ويبطل ايضاً بمعصية كان يوصي بمال يشتري به خمر لمن يشربها » . فالظاهر من هذين القولين أن الوصية ، عند المالكية ، تبطل اذا كانت بمعصية ، سواء كانت من مسلم أو غير مسلم ، وأن المعصية هي ما كانت معصية في نظر الشريعة الاسلامية وإن لم يعتقدوا الذمي معصية .
- (٤) الوصايا في الفقه الاسلامي لاستاذنا محمد سلام مذكور ص ٣٢٤ .

٤٢٨ - وصايا الذميين في العربية المتحدة في الوقت الحاضر :

نصت المادة ٩١٥ من القانون المدني المصري « العربي » على انه :
« تسري على الوصية أحكام الشريعة الاسلامية والقوانين الصادرة في شأنها » . وجاء في المذكرة التفسيرية لهذه المادة : « تسري الشريعة الاسلامية وما استمد منها من تقنيات وتشريعات على الوصية من ناحية الموضوع ويستوي في ذلك وصايا المسلمين وغير المسلمين من المصريين » ^(١) . وقد صدر في العربية المتحدة قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ فصارت وصايا الذميين كوصايا المسلمين خاضعة لأحكام هذا القانون ولأحكام الشريعة الاسلامية فيما لم يتعرض له القانون المذكور .

وقانون الوصية المصري « العربي » اكتفت مادته الخامسة بالاشتراط في الموصي أن يكون من أهل التبرع قانوناً ، وأطلقت المذكرة التفسيرية صحة الوصية عند توافر أهلية التبرع قانوناً فشملت المسلم والذمي والمستأمن ^(٢) .

والذي يهنا من القانون المذكور ما جاء في المادتين الثالثة والتاسعة ، فلتتكلم عنهما بإيجاز : —

أ - جاء في المادة الثالثة ، في فقرتها الثانية ، : « ... وإذا كان الموصي غير مسلم صحت الوصية إلا إذا كانت محرمة في شريعته وفي الشريعة الاسلامية » . وقد ذكرت المذكرة التفسيرية ان المصدر الفقهي لهذه الفقرة هو مذهب أبي حنيفة في أكثره ومذهب الشافعي في فرع

(١) حلمي بطرس ص ٢٨ .

(٢) الوصايا في الفقه الاسلامي لاستاذنا محمد سلام مذكور ص ٢٢٥ .
ويلاحظ أن القانون جاء بأحكام تخالف ما كان متبعاً في العربية المتحدة قبل صدوره ، من ذلك أجازته في المادة ٣٧ الوصية بالثلث للوارث دون توقف على اجازة الورثة . وكذلك ما قرره في المادة ٧٦ من الوصية الواجبة في حدود الثلث في حالات معينة وشروط خاصة .

من فروعه ، فقالت : « والأحكام موافقة لمذهب الامام أبي حنيفة إلا في الوصية لما هو قرينة عند المسلمين دون شريعة الموصي فإنها تصح على مذهب الشافعي » (١) . ولكن ما ذكرته المذكرة التفسيرية أنه يصح على مذهب الشافعي ، يصح أيضاً على المذهب الحنبلي (٢) .

فهذه الفقرة أجازت وصية غير المسلم إلا في حالة واحدة فقط هي : إذا كانت الوصية محرمة في شريعته وفي الشريعة الاسلامية كما لو أوصى لجمعيات الإلحاد أو لدور المنكر والفسق ، وعلى هذا فوصية غير المسلم تكون صحيحة اذا كانت لجهة هي قرينة في الشريعة الاسلامية وفي شريعته ، أو هي قرينة في الشريعة الاسلامية فقط ، أو هي قرينة في شريعته فقط . والواقع ان حكم هذه الفقرة مزيج من المذاهب الاسلامية المختلفة ، ولم يخرج القانون على مجموعها ، وأراد بذلك أن ييسر على غير المسلمين سبيل الإنفاق على مؤسساتهم الدينية والانضمام في القربات الاسلامية (٣) .

ب — اما المادة التاسعة فقد نصت على انه : « تصح الوصية مع اختلاف الدين والملة وتصح مع اختلاف الدارين ما لم يكن الموصي تابعاً لبلد اسلامي والموصى له غير مسلم تابع لبلد غير اسلامي تمنع شريعته الوصية لمثل الموصي » . فهذه المادة تبين حكم الوصية عند اختلاف الدين وحكمها عند اختلاف الدار .

فالوصية مع اختلاف الدين صحيحة وهذا هو المقرر في الفقه الاسلامي . وعلى هذا تصح وصية المصري « العربي » الذمي للمصري « العربي » المسلم وبالعكس ، وتصح وصية العربي اليهودي للعربي

(١) شرح قانون الوصية المصري لاسستاذنا الشيخ محمد أبو زهرة ص ٥٢ - ٥٣ .

(٢) المرجع السابق ص ٥٣ ، والوصايا في الفقه الاسلامي لاسستاذنا محمد سلام مذكور ص ٣٣٤ .

(٣) الوصايا في الفقه الاسلامي ، لاسستاذنا محمد سلام مذكور ص ٣٣٤ - ٣٣٥ .

— ٥٠٩ —

المسيحي وبالعكس • والمراد باختلاف الملة الوارد في المادة التاسعة هو الاختلاف في المذهب الديني كالمذهب الكاثوليكي والأرثوذكسي ^(١) ، فتصح وصايا المسيحيين فيما بينهم وإن اختلفت مذاهبهم • وسأتكلم عن الوصية مع اختلاف الدارين التي أشارت إليها المادة المذكورة عند الكلام عن وصية المستأمن في المطلب الثاني ان شاء الله تعالى •

٤٢٩ - وصية الذمي في العراق :

أحكام الوصية في العراق وردت في القانون المدني العراقي وقانون الأحوال الشخصية العراقي • فالقانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ نص على بعض أحكام الوصية في المواد ١١٠٨ - ١١١٢ • وأهم ما جاء في هذه المواد جواز الوصية للوارث وغير الوارث في الثلث ، وهذا ما نصت عليه المادة ١١٠٨ : « وتجوز الوصية للوارث وغير الوارث في ثلث التركة ولا تنفذ فيما جاوز الثلث إلا بإجازة الورثة » • أما قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ ، فقد نص على أحكام الوصية في المواد ٦٤ - ٧٣ ، وقد جاء في المادة ٧٣ منه : « تراعى في الوصية أحكام المواد من ١١٠٨ - ١١١٢ من القانون المدني » •

وهذه الأحكام الواردة في القانونين تسري على جميع العراقيين من مسلمين وغير مسلمين ، فقد جاء في المادة الثانية - الفقرة الأولى - من قانون الأحوال الشخصية العراقي : « تسري أحكام هذا القانون على العراقيين إلا من استثنى بقانون خاص » • ولم يستثن الذميون من الوصية فتسري إذن عليهم أحكام القانون العراقي المذكور •

(١) شرح قانون الوصية لاستاذنا الشيخ محمد ابو زهرة ص ٦٦ ، وهامش رقم ١ •

— ٥١٠ —

وعلى ضوء هذه الأحكام ، تصح الوصية من الذميين ، لأن المادة ٦٧ من قانون الأحوال الشخصية العراقي لم تشترط الاسلام في الموصي إذ نصت على أنه : « يشترط في الموصي أن يكون أهلاً للتبرع قانوناً مالكا لما أوصى به » . وهذه المادة نظيرة المادة الخامسة من قانون الوصية المصري « العربي » . وكذلك الموصى له لا يشترط فيه الاسلام لأن المادة ٦٨ من قانون الأحوال الشخصية العراقي لم تذكر الاسلام فيما اشترطته في الموصى له من شروط ، فقد جاء فيها : « يشترط في الموصى له : ١ — أن يكون حياً حقيقة أو تقديرأ حين الوصية وحين موت الموصي وتصح الوصية للأشخاص المعنوية والجهات الخيرية والمؤسسات ذات النفع العام ٢٠ — أن لا يكون قاتلاً للموصي » .

وعلى هذا تصح وصية الذمي للذمي . ولكن وصية الذمي للمسلم وبالعكس تصح في المنقول فقط . والوصية للمستأمن من مسلم أو ذمي تصح بالمنقول فقط بشرط المقابلة بالمثل . وهذا ما نصت عليه المادة الحادية والسبعون من قانون الأحوال الشخصية العراقي ، فقالت : « تصح الوصية بالمنقول فقط مع اختلاف الدين وتصح به مع اختلاف الجنسية بشرط المقابلة بالمثل » . فهذه المادة جاءت بحكم غريب لم يقل به أحد من الفقهاء ، وهو جواز الوصية بالمنقول فقط بين الذمي والمسلم ، ولا نفهم له وجهاً مقبولاً ، ولم تشر المذكرة التفسيرية الى وجه الحكمة من هذا النص ، ولا نرى مصلحة فيه ولا مبرراً له . والصواب هو قول الفقهاء بصحة الوصية بين المسلم والذمي مطلقاً في المنقول والعقار على حد سواء .

لِطَلْبِ الْإِثْنَيْنِ

الوصية، بالنسبة للمستأمنين

٤٣٠ - أولا - مذهب اتحنفية :

صرح الحنفية بأن إسلام الموصي ليس بشرط لصحة الوصية . وكذلك الموصى له لا يشترط أن يكون مسلماً ، فيجوز أن يكون مسلماً أو ذمياً ، ولكن يشترط ألا يكون حريباً غير مستأمن^(١) . فيصح عند الأحناف أن يوصي مسلم أو ذمي لمستأمن . كما تصح الوصية من مستأمن لمسلم أو لذمي أو لمستأمن ، لأن المستأمن له حكم أهل الذمة في المعاملات ما دام في دار الاسلام ، ولهذا تصح منه عقود التمليكات ويصح تبرعه في حال حياته فكذا يصح بعد مماته عن طريق الوصية^(٢) .

ويجوز للمستأمن أن يوصي بكل ماله اذا لم يكن له واث أصلاء أو كان له ورثة في دار الحرب ، لأن امتناع الوصية بما زاد عن الثلث لحق الورثة ، ولهذا تنفذ بإجازتهم ، وليس لورثته في دار الحرب حق مرعي ، فهم كالأموات في حقنا ولا عصمة لأموالهم فلا أن لا يكون لحقهم الذي في مال مورثهم عصمة أولى ، ولأن حرمة مال المستأمن باعتبار الأمان ، والأمان كان لحقه لا لحق ورثته وقد أسقط حقه فيجوز . ولو أوصى المستأمن في هذه الحالة ببعض ماله نفدت وصيته ورد الباقي من تركته على ورثته في دار الحرب مراعاة لحق المستأمن لأن من حقه تسليم ماله الى ورثته عند الفراغ من حاجاته ، والزيادة على مقدار

(١) الكاساني ج ٧ ص ٣٤١ .

(٢) الكاساني ج ٧ ص ٣٣٥ ، الهداية ج ٨ ص ٤٨٨ ، مجمع الأنهر ج ٢ ص ٧١٧ ، الزيلعي ج ٦ ص ٢٠٦ ، رد المحتار ج ٥ ص ٦١٠ .
- ٦١١ ، الهداية ج ٨ ص ٤٨٨ .

ما أوصى به فارغ عن حاجاته فيسلم الى ورثته ^(١) . أما اذا كان وارث المستأمن معه في دار الاسلام بأمان فإن وصيته لا تجوز فيما زاد عن الثلث إلا بإجازة الوارث لأن حق وارثه هنا مرعي بسبب الأمان . كحقه ^(٢) .

وما قلناه آنفاً عن وصايا المستأمن إنما هو في الوصايا التي يراد بها الصلات الشخصية بطريق الوصية للمعين . أما وصايا المستأمن التي تدخل في باب القربات ، فما قلناه عن هذه الوصايا بالنسبة للذمي يقال هنا أيضاً بالنسبة للمستأمن . لأن الحنفية عندما قالوا تجوز الوصية من المستأمن وله عللوا ذلك بقولهم : لأن المستأمن ما دام في دار الاسلام فهو في المعاملات بمنزلة الذمي ^(٣) . وعلى هذا فما صح من وصايا الذمي في باب القربات صح مثله من المستأمن ، وما لم يصح من وصايا الذمي ، لم يصح أيضاً من وصايا المستأمن .

٤٣١ - ثانياً - المذاهب الأخرى :

عند الحنابلة والشافعية تجوز الوصية من مسلم أو كافر لمسلم أو لكافر . وتجوز الوصية عندهم أيضاً للحربي في دار الحرب ، فجوازها للمستأمن أولى . وعلى هذا تصح وصية المستأمن لمسلم أو لغير مسلم كما تصح الوصية للمستأمن من مسلم أو ذمي أو مستأمن . أما وصية المستأمن بما هو قرينة فقد ذكرنا أن مذهبهم في الوصية لغير معين ان لا تكون بمعصية في الشريعة الاسلامية وإلا بطلت الوصية سواء كان

(١) شرح السير الكبير ج ٤ ص ٢٢٨ ، مجمع الأنهر ج ٢ ص ٧١٧ ، الهداية وشرح العناية ج ٨ ص ٤٨٨ ، الدر المختار ج ٥ ص ٦١٠ - ٦١١ ، الكاساني ج ٧ ص ٣٣٥ ، الزيلعي ج ٦ ص ٢٠٥ - ٢٠٦ ، شرح الكنز للأفغاني ج ٢ ص ٢٨٧ .

(٢) شرح السير الكبير ج ٤ ص ٢٢٩ ، الكاساني ج ٧ ص ٣٣٥ ، الزيلعي ج ٦ ص ٢٠٦ ، رد المختار ج ٥ ص ٦١٠ - ٦١١ .

(٣) الهداية ج ٨ ص ٤٨٨ ، الزيلعي ج ٦ ص ٢٠٦ : « ولأنه ، أي المستأمن ، ما دام في دار الاسلام فهو كالذمي » .

الموصي مسلماً أو كافراً^(١) .

وعند الشيعة الامامية تصح وصية المستأمن لغيره من مسلم أو ذمي أو مستأمن كما تصح الوصية له منهم^(٢) . اما وصيته بما هو قرابة فيجب أن تكون قرابة في نظر الشريعة الاسلامية كما هو الحكم بالنسبة للذمي ، لأن الشيعة عللوا عدم جواز وصية الذمي بما هو معصية في الشرع الاسلامي بقولهم : « لأنها معصية والوصية فيها غير جائز إجماعاً »^(٣) .

أما المالكية فقد قالوا تصح وصية الكافر للكافر أو للمسلم بما يصح تملكهما له^(٤) ، وكلمة (كافر) تصدق على الذمي والمستأمن . فتصح ، إذن ، وصية المستأمن لغيره والوصية للمستأمن من غيره . أما وصية المستأمن في باب القربات ، فالظاهر انه فيها كالذمي فيشترط في هذه الوصية أن لا تكون بما هو معصية في نظر الشريعة الاسلامية كما هو الحكم بالنسبة للذمي .

٤٣٢ - وصية المستأمن في العربية المتحدة :

وصية المستأمن في الجمهورية العربية المتحدة تخضع لقانون دولته لأن المادة ١٧ من القانون المدني المصري « العربي » نصت على انه : « يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة الى ما بعد الموت قانون المورث أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته » . وسأتكلم فيما بعد عن القاعدة التي يعامل بها المستأمنون في العربية

(١) المغني ج ٦ ص ١٠٤ ، كشف القناع ج ٢ ص ٥٠٧ ، شرح منتهى الارادات ج ٢ ص ٥٦١ مغني المحتاج ج ٣ ص ٣٩ ، شرح منتهج الطلاب والبحر ج ٣ ص ٢٦٧ ، الاقناع في حل الفاظ أبي شجاع ج ١ ص ٦١ .

(٢) الاحكام الجعفرية في الاحوال الشخصية ص ١٣٣ .

(٣) جواهر الكلام ، المجلد المطبوع سنة ١٢٧٢ هـ .

(٤) شرح الزرقاني على مختصر خليل ج ٨ ص ١٧٥ ، الحطاب ج ٦ ص ٣٦٥ ، شرح الخرشي ج ٨ ص ١٦٨ .

المتحدة في مسألة القانون الواجب التطبيق على قضاياهم اذا كان هذا القانون قانون دولتهم .

أما الوصية للمستأمن من مصري « عربي » ذمي أو مسلم فإنها جائزة بشرط المقابلة بالمثل فقد نصت المادة التاسعة من قانون الوصية على انه : « تصح الوصية مع اختلاف الدين والملة وتصح مع اختلاف الدارين ما لم يكن الموصي تابعاً لبلد اسلامي والموصى له غير مسلم تابع لبلد غير اسلامي تمنع شريعته الوصية لمثل الموصي » .

فهذه المادة تتكلم عن الوصية مع اختلاف الدار . والواقع أن الفقهاء مختلفون في هذه الوصية فالحنفية والشيعة الامامية لا يجيزون الوصية للحربي من مسلم أو ذمي ، لأن في هذه الوصية معاونة لهم على محاربتنا فلا تجوز . واحتجوا أيضاً بقوله تعالى : « لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم ... الآية » . وعند الامام أحمد تجوز الوصية للحربي في دار الحرب وهو قول مالك والشافعية ، وقاسوا ذلك على جواز الهبة له ، واحتجوا أيضاً بأن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز لأسماء بنت أبي بكر صلة أمها وهي مشركة من أهل مكة يوم كانت مكة دار حرب ، وبأن النبي صلى الله عليه وسلم أعطى عمر بن الخطاب حلة من حرير فأعطاهها لأخ له مشرك في مكة .

وقول الجمهور بجواز الوصية للحربي هو الراجح ، واحتجاج المانعين بدلالة الآية على مدعاهم لا حجة لهم فيها ، لأن آخر الآية يدل على أن المقصود هو عدم اتخاذهم أولياء لا عدم صلتهم (١) . هذا هو حكم الفقه الاسلامي في الوصية للحربي في داره .

(١) الكاساني ج ٧ ص ٣٤١ ، المغني ج ٦ ص ١٠٣ - ١٠٤ ، المهذب ج ٢ ص ٤٥٧ ، الوصايا في الفقه الاسلامي لاستاذنا محمد سلام المذكور ص ٣٣٥ ، تاريخ التشريع الاسلامي لاستاذنا محمد سلام المذكور ص ٦٩ .

- ٥١٥ -

والقانون في مادته التاسعة التي ذكرناها آنفاً ، أجاز الوصية للمستأمن في دارنا وللحربي في داره بالشرط الذي ذكره وهو أن لا تمنع شريعته الوصية لمثل الموصي . وهذا الحكم في الواقع مبني على مبدأ المعاملة بالمثل (١) . وعلى هذا لو أوصى مواطن مسلم أو ذمي في العربية المتحدة لشخص انجليزي غير مسلم وكانت قوانين انجلترا لا تمنع وصية هذا الانجليزي للموصي العربي ، فإن وصية العربي له تكون صحيحة ، أما اذا كانت قوانين انجلترا تمنع وصيته للعربي ، فوصية العربي له غير صحيحة معاملة له بالمثل .

ويجب أن يلاحظ في تطبيق الإستثناء المذكور في المادة التاسعة ، ما يأتي :

أولاً - ان الإستثناء المذكور لا ينطبق اذا كان الموصى له مسلماً تابعاً لبلد غير اسلامي ولو كانت قوانين دولته تمنع وصيته لمثل الموصي ، لأن المادة اشترطت لتطبيق هذا الإستثناء أن يكون الموصى له غير مسلم تابعاً لبلد غير اسلامي ، والعلة في ذلك ان المسلم يعتبر من دار الاسلام حكماً أينما كان .

ثانياً - اذا كان الموصى له غير مسلم ولكنه يتبع بلداً اسلامياً فالإستثناء لا ينطبق لأن المادة اشترطت لتطبيقه أن يكون الموصى له غير مسلم تابعاً لبلد غير اسلامي ، والعلة في ذلك هو ان بلاد الاسلام تعتبر كلها في حكم الدار الواحدة فليس بين تابعيها اختلاف دار ، وفي هذا تقول المذكرة التفسيرية لهذه المادة : « ... وان دار الاسلام واحدة مهما تعدد حكامها وليس بين تابعيها اختلاف دار » (٢) .

وعلى هذا تصح وصية المصري «العربي» لمن يحمل جنسية إحدى الدول الاسلامية مسلماً كان أو ذمياً ، لأن الدار تعتبر واحدة بالنسبة

(١) الوصايا في الفقه الاسلامي ، المرجع السابق ، ص ٣٣٧ .

(٢) الوصايا في الفقه الاسلامي لاستاذنا محمد سلام مذكور ص ٢٣٦ .

لرعايا جميع الدول الاسلامية .

هذا وان المقصود باختلاف الدارين في هذه المادة هو اقطاع العصمة بين الدولتين واستباحة كل منهما قتال الأخرى ، كأن تكون بينهما حالة حرب (١) .

وأخيراً فإن المذكرة التفسيرية قالت إن منع الوصية للحربي مأخوذ من مذهب أبي يوسف ومحمد . والصحيح أن عدم صحة الوصية للحربي في دار الحرب هو مذهب الأحناف جميعاً ، وما روي عن الصاحبين إنما هو خاص بالحربي المستأمن (٢) .

٤٣٣ - وصية المستأمن في العراق :

نص القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ في الفقرة الأولى من المادة الثالثة والعشرين على أن : « قضايا الوصايا يسري عليها قانون الموصي وقت موته » . وعلى هذا فإن وصية المستأمن في العراق تخضع لأحكام قانون دولته على النحو الذي سأذكره فيما بعد .

اما وصية العراقي ، مسلماً كان أو ذمياً ، للمستأمن فقد نصت عليها المادة ٧١ من القانون رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ للأحوال الشخصية فقالت : « تصح الوصية بالمنقول فقط مع اختلاف الدين وتصح به مع اختلاف الجنسية بشرط المقابلة بالمثل » . وهذا الحكم الذي ذكرته المادة بالنسبة للأجانب مفهوم فيما يخص الأجنبي غير المسلم باعتبار أن المصلحة العامة تقضي بحماية العقارات في الدولة من أن يملكها الأجانب ، ولكن لا نرى تعميم الحكم بالنسبة للمسلمين الذين لا يحملون الجنسية العراقية ، لأن المسلمين يعتبرون شرعاً من رعايا دار الاسلام أينما كانوا ، والدول الاسلامية مهما تعددت فهي تعتبر كدار واحدة ، ولهذا كان ينبغي صياغة المادة على نحو لا يشمل إلا الأجانب غير المسلمين

(١) المرجع السابق ص ٢٣٦ - ٢٣٧ .

(٢) المرجع السابق ص ٢٣٦ .

الذين يتبعون بلداً غير اسلامي لأن الذمين التابعين لدول اسلامية
يعتبرون من رعايا دار الاسلام أيضاً كالمسلمين .

لِبَحْثُ الثَّانِي

الميراث

تمهيد :

٤٣٤ - الإرث من أسباب نقل الملكية ، فتستقل الأموال والحقوق
المالية من المورث بعد موته الى ورثته بطريق الخلافة بحكم
الشرع بعد إيفاء الحقوق المتعلقة بتركة الميت كمؤن تجهيزه وإيفاء ديونه
ووصاياه . وهذا كله اذا تحققت أسباب الميراث وشروطه وانتفت
موانعه (١) . وللورثة مراتب فمنهم أصحاب الفروض وهؤلاء يقدمون
على غيرهم فيأخذون سهامهم أولاً ثم من بعدهم العصباء ثم ذوو
الأرحام ... الخ (٢) .

وسأتكلم في هذا البحث عن ميراث الذمين والمستأمنين في مطلبين :

(١) وأسباب الميراث هي الزواج والقرباة والولاء ، وهذا عند جمهور
الفقهاء . وزاد مالك والشافعي بيت المال : الوصايا في الفقه الاسلامي
لاستاذنا محمد سلام مذكور ص ٣٣ .

(٢) يراجع في مراتب الورثة : شرح السراجية ص ٤٤ وما بعدها ، الدر
المختار ورد المختار ج ٥ ص ٦٦٦ - ٦٧٠ ، فتح القريب المجيب
ج ١ ص ١١ ، شرح النيل ص ٢٧٠ وما بعدها .
وترتيب الورثة في قانون الموارث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ المعمول به
حالياً في العربية المتحدة هو الآتي : يبدأ بأصحاب الفروض (٨م) ثم
العصبة النسبية (١٦م) ثم الرد على غير الزوجين من أصحاب الفروض
بنسبة فروضهم (٣٠م) ثم الذوي الأرحام (٣١م) ثم الرد على
الزوجين (٣٠ م) ثم مولى العتاقة ثم عصبة مولى العتاقة (٣٩م)
واذا لم يوجد أحد ممن ذكر يستحق التركة أخذها واحد من هؤلاء ؛
المقر له بالنسب على الغير ثم الموصى له بما زاد على الحد الذي تنفذ
فيه الوصية ثم الخزانة العامة (٤م) .

- المطلب الأول — عن توارث الذميين والمستأمنين فيما بينهم •
- المطلب الثاني — عن توارثهم مع المسلمين •

المطلب الأول

التوارث بين الذميين والمستأمنين

الفصل الأول

توارث الذميين فيما بينهم

٤٣٥ — غير المسلمين يتوارثون فيما بينهم اذا كانوا من ملة واحدة بلا خلاف بين أهل العلم ^(١) • اما اذا اختلفت مللهم فقد اختلف العلماء في توارثهم : فعند الحنفية والشيعة الامامية والشافعية على القول الأصح في مذهبهم ، والاباضية انهم يتوارثون فيما بينهم وإن اختلفت مللهم ^(٢) • وعند الزيدية والحنابلة لا يتوارثون اذا اختلفت مللهم ، وكذلك قال المالكية • إلا أن الحنابلة جعلوا الكفر مللاً مختلفة : فاليهود ملة ، والنصارى ملة ، والمجوس ملة ، وعبد الأوثان ملة ، وهكذا حسب معتقداتهم • والمالكية جعلوا غير المسلمين ثلاث ملل : اليهود والنصارى

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٩٦ ، الزيلعي ج ٦ ص ٢٤٠ ، المغني ج ٦ ص ٢٩٥ : الكفار يتوارثون اذا كان دينهم واحداً لا نعلم بين أهل العلم خلافاً .

(٢) شرح الكنز للعيني ج ٢ ص ٣٦٩ — ٣٧٠ ، مغني المحتاج ج ٣ ص ٢٥ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢١١ ، حاشية البكري ص ١٢ ، فتح القريب المجيب ج ١ ص ١٤ ، فتح العزيز ج ٨ ص ٦٣ ، شرح النيل ج ٨ ص ٢٦١ ، سفينة النجاة ج ٢ ص ٣٩ ، المختصر النافع ص ٢٦٦ ، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة ج ٢٨ ص ٣٥ .

ومن عداهم ، فلا يتوارث أهل هذه الملل بعضهم من بعض ^(١) . وجعل
الامام ابن أبي ليلى غير المسلمين ملتين : اليهود والنصارى والصابئين
ملة فيتوارثون فيما بينهم ، والمجوس ومن لا كتاب لهم ملة ، ولا توارث
بين أهل الملة الأولى والثانية ^(٢) .

استدل المانعون من التوارث عند اختلاف الملل بقوله صلى الله عليه
وسلم : « لا يتوارث أهل ملتين شتى » ^(٣) ، وبأن غير المسلمين عند
اختلافهم في الملة والدين لا يبقى اتفاق ولا موالاة فيما بينهم ، بل يكفر
بعضهم بعضاً فينبغي أن ينتفي الأثر فيما بينهم كما انتفى بين المسلمين
وغيرهم ^(٤) .

واستدل المجيزون التوارث مع اختلاف الملل بما روي عن النبي
صلى الله عليه وسلم انه قال : « لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر
المسلم » ^(٥) . فالمفهوم من هذا الحديث ان الكافر يرث الكافر ^(٦) .
واحتجوا أيضاً بقوله تعالى : « والذين كفروا بعضهم أولياء
بعض » ^(٧) ، وبأن شريعة الاسلام هي الحق ، والناس بالنسبة لها

(١) البحر الزخار ج ٥ ص ٣٦٩ ، تنمة الروض النضير - او الجزء
الخامس - ص ٧٨ ، كشف القناع ج ٢ ص ٦٠١ ، شرح منتهى
الارادات ج ٢ ص ٦٣٧ شرح الخرشي ج ٨ ص ٢٢٣ ، الشرح
الكبير للدردير ج ٤ ص ٤٦٨ .

(٢) بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٩٦ ، شرح السراجية ص ٧٧ .

(٣) المغني ج ٦ ص ٢٩٦ ، بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٩٦ ، شرح منتهى
الارادات ج ٢ ص ٦٣٦ ، كشف القناع ج ٢ ص ٦٠١ ، البحر
الزخار ج ٥ ص ٣٦٩ . وقد روى هذا الحديث : احمد ج ١٥
ص ١٩٠ ، ابو داود ج ٤ ص ١٨١ ، ابن ماجه ج ٢ ص ١٦٤ ،
الترمذي ج ٨ ص ٢٥٩ .

(٤) المغني ج ٦ ص ٢٩٦ ، شرح منتهى الارادات ج ٢ ص ٦٣٦ .

(٥) البخاري ج ٩ ص ٤٣٣ ، ابو داود ج ٤ ص ١٨٠ ، الترمذي ج ٨
ص ٢٥٧ ، ابن ماجه ج ٢ ص ١٦٤ ، الشافعي ج ٢ ص ٢٢٧ ،
احمد ج ١٥ ص ١٩٠ .

(٦) بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٩٦ .

(٧) فتح القريب المجيب ج ١ ص ١٤ .

فريقان : مؤمن بها وهم المسلمون، ومنكر لها وهم غير المسلمين كافة ،
فبهذا الاعتبار صاروا كالملة الواحدة وإن اختلفوا فيما بينهم في الدين^(١) .
أما الحديث الشريف « لا يتوارث أهل ملتين شتى » فمحمول على أن
المراد بإحدى الملتين الاسلام وبالأخرى ما عداه^(٢) .

ومن عرض أدلة الفريقين يرجح عندي قول الجمهور القائلين
بتوارث غير المسلمين فيما بينهم ولو اختلفت مللهم ، وهذا ما أخذ به
قانون الموارث المصري « العربي » رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ كما جاء في
المادة السادسة منه^(٣) .

٤٣٦ - أسباب الميراث بين غير المسلمين :

وأسباب الميراث بين غير المسلمين ، ومنهم أهل الذمة ، كأسباب
الإرث بين المسلمين ، أي القرابة والنكاح والولاء ، لأن غير المسلم
محتاج مكلف فيملك بالأسباب الموضوعة للملك كالمسلم ، ولأنه يعقد
الذمة التحق بالمسلم في المعاملات فيكون حكمه في ذلك كحكم المسلم .
أما الإرث بجهة الاسلام التي قال بها الشافعية فهي خاصة بالمسلمين^(٤) .
فغير المسلمين يتوارثون بهذه الأسباب على التفصيل الآتي :

٤٣٧ - أولا - الارث بالنسب (القرابة) (٥) :

يتوارث غير المسلمين بالقرابة سواء كان سببها في الأصل حلالاً
أو حراماً كالنكاح الفاسد . فإذا تزوج مجوسي امه وولدت له ابناً ، فهذا

(١) حاشية الفناري ص ٧٧ .

(٢) نيل الأوطار ج ٦ ص ٧٤ .

(٣) جاء فيها : ويتوارث غير المسلمين بعضهم من بعض .

(٤) حاشية الفناري ص ٧٥ ، شرح الكنز للعيني ج ٢ ص ٣٧٠ ، الزيلعي
ج ٢ ص ٢٤٠ ، فتح القريب المجيب ج ١ ص ١٠ - ١١ ، مغني
المحتاج ج ٣ ص ٥ .

(٥) القرابة هي كل صلة سببها الولادة أو رابطة النسب التي تربط
المتوفى بأصوله وفروعه وجوانبه المتفرعة عن أصله : الوصايا في
الفقه الاسلامي لاستاذنا محمد سلام مذكور ص ٣٢ .

الإبن يرثه باعتباره إبناً له (١) .

وإذا اجتمعت قرابتان في الوارث بحيث لو تفرقتا في شخصين حُجبت أحدهما الأخرى فإنه يرث بالحاجب . وإن لم تحجب أحدهما الأخرى ورث بهما ، كما لو تزوج مجوسي أمه فولدت له إبناً فهذا الولد إبنها وابن إبنها فيرث منها إذا ماتت على انه ابن ولا يرث على انه ابن الإبن ، لأن ابن الإبن محجوب بالإبن . ولو ولدت له بنتاً مكان الإبن فإنها ترث الثلثين : النصف على أنها بنت والثلث على أنها بنت الإبن تكملة للثلثين ، وترث من أبيها على أنها بنت ولا ترث على أنها أخت من أم لأن الأخت من أم تسقط بالبنت . وما قلناه هو مذهب الحنابلة والحنفية والزيدية (٢) . وقال الشافعية على الأصح من مذهبهم والامام مالك ان الوراثة تكون بأقوى القرابتين ولا يرث الوارث بهما جميعاً (٣) .

احتج المانعون من التوريث بالقرابتين بأن هذا النوع من القرابتين لا يرث بهما المسلمون فلا يرث بهما الكفار أيضاً .

واحتج القائلون بالتوريث بالقرابتين بقوله تعالى : «وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما الثلث » وبقوله تعالى : « وإن كانت واحدة فلها النصف » . فالآيتان الكريمتان تدلان على أن سبب استحقاق الإرث هو الوصف المذكور فيهما وهو البننية والأختية ، فمتى ما تحقق اجتماع هذين الوصفين ونحوهما في شخص واحد حقيقة لزم التوريث بهما كما لو تفرقا في شخصين . وكذلك فإن التوريث بالقرابتين إعمال السبب ولا يجوز إبطاله بعير مانع ، والمانع هو الحاجب ولم يوجد فيأخذ

- (١) حاشية الفناي ص ٧٦ ، رد المحتار ج ٥ ص ٧٠٠ .
- (٢) حاشية الفناي ص ٧٦ ، البحر الزخار ج ٥ ص ٣٦٦ ، الدر المختار ورد المحتار ج ٥ ص ٦٨٧ - ٦٨٨ ، ٧٠٠ ، شرح الكنز للعيني ج ٢ ص ٣٧٠ ، شرح الكنز للأفغاني ج ٢ ص ٣٥٤ ، الغني ج ٦ ص ٣٠٤ - ٣٠٥ ، كشف القناع ج ٢ ص ٦٠١ .
- (٣) فتح القريب المجيب ج ١ ص ٣٧ - ٣٨ ، الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي ج ٤ ص ٤٦٨ ، الوق ج ٦ ص ٤١٦ .

الوارث بالجهتين ، ألا يرى أن المسلم يرث بالجهتين إذا اتفق له ذلك كما لو ماتت امرأة وترك ابن عمها وهو زوجها فإنه يرث بالفرض والعصوبة ، فكذا غير المسلم إذ هو لا يخالف المسلم في سبب الملك كالشراء وغيره . بخلاف الأخ من أب وأم حيث لا يرث إلا بالعصوبة ولا يرث بالفرض على أنه أخ من أم لأنه ليس فيه اختلاف الجهة ، لأنه يرث بالأخوة وهي جهة واحدة فلا تصلح للاستحقاق بهما بل للترجيح فقط عند مزاحمة من هو دونه في القوة كالأخ لأب . وأما قول المانعين بأن هذا النوع من القرايتين لا يرث بهما المسلمون فلا يرث بهما الكفار أيضاً ، فالجواب : ان امتناع الإرث بهما بين المسلمين سببه عدم وجودهما ، ولو تصور وجودهما لحصل الإرث بهما جميعاً بدليل انه قد ورث بنظيرهما كما في ابن عم هو زوج فيرث باعتباره زوجاً وابن عم (١) . والذي يترجح عندي بعد النظر في أدلة الفريقين ، هو قول القائلين بالتوريث بالقرايتين جميعاً لقوة ما استدلوا به من أدلة .

٤٣٨ - ثانياً : الإرث بالنكاح :

كل نكاح يقرون عليه لو أسلموا ، كالنكاح بلا شهود ، يجري التوارث به . وكل نكاح لا يقرون عليه لو أسلموا ، كنكاح المحارم ، لا يتوارثون به . وهذا ما صرح به الحنفية والشافعية وغيرهم (٢) . وعن ابن سريج : يتوارثون بالنكاح وإن كانوا لا يقرون عليه في الإسلام (٣) .

ويعمل الحنفية عدم الإرث بالنكاح الذي لا يقرون عليه لو أسلموا

(١) حاشية الفناي ص ٧٦ ، الزيلعي ج ٦ ص ٢٤٠ - ٢٤١ ، المغني ج ٦ ص ٣٠٤ - ٣٠٥ .

(٢) حاشية الفناي ص ٧٥ - ٧٦ ، الدر المختار ورد المحتار ج ٥ ص ٧٠٠ ، فتح القريب المجيب ج ١ ص ٣٨ ، المغني ج ٦ ص ٣٠٣ ، كشف القناع ج ٢ ص ٦٠٢ ، تنمية الروض النضير ص ٧٧ ، شرح الزرقاني على مختصر خليل ج ٨ ص ٢١٣ .

(٣) البحر الزخار ج ٥ ص ٣٦٦ .

بأن القياس عدم ثبوت الإرث لأحد الزوجين لأنهما أجنبيان ، ولكن ثبت تواريخهما بالنص على خلاف القياس في النكاح الصحيح مطلقاً ، أي ما يسمى صحيحاً عند الإطلاق كالنكاح المعتبر شرعاً بين المسلمين . وأما نكاح المحارم فيسمى صحيحاً لا مطلقاً بل بالنسبة الى الكفار ، فيقتصر ثبوت الإرث بين الزوجين في النكاح الصحيح الذي ورد به النص فقط (١) . وقد قال ابن عابدين عن هذا التعليل بأن النكاح الذي فقد شرط صحته ، كالنكاح بلا شهود أو في عدة كافر ، ليس صحيحاً عند الإطلاق أيضاً ومع هذا فقد قالوا بثبوت الإرث به بين الزوجين (٢) . ومن الجدير بالذكر أن الامام القهستاني الحنفي (٣) يرى التوارث بين غير المسلمين بكل نكاح ، سواء كانوا يقرون عليه لو أسلموا أو لا يقرون عليه . ولكن الامام ابن عابدين قال : الصحيح في المذهب عدم التورث بنكاح لا يقرون عليه لو أسلموا (٤) .

وغير الحنفية كالحنابلة يمللون عدم التوارث بنكاح لا يقرون عليه لو أسلموا ، بأن هذا النكاح باطل (٥) . وبأن وجوده كعدمه (٦) . ولكن ما ذكره هؤلاء الحنابلة المتأخرون لا يتفق وما قالوه عن أنكحة غير المسلمين ، فقد قالوا : إنها صحيحة في حقهم وتعلق بها أحكام النكاح الصحيح ، وحكمها حكم نكاح المسلمين فيما يجب به (٧) .

(١) الدر المختار ورد المختار ج ٢ ص ٥٣١ ، الزيلعي ج ٦ ص ٢٤١ .

(٢) رد المختار ج ٢ ص ٥٣١ - ٥٣٢ .

(٣) هو الامام أحمد بن عبدالله بن عيسى ابو القاسم القهستاني نسبة الى قهستان ، ولاية كبيرة متصلة بنواحي العراق وهمدان ونهاوند . ولد سنة ٣٥٣ هـ ، وكان فقيهاً زاهداً وزعماً : الجواهر المضية في طبقات الحنفية ج ١ ص ١١٠ .

(٤) رد المختار ص ٥٣٢ .

(٥) كشف القناع ج ٢ ص ٦٠٢ .

(٦) شرح منتهى الارادات ج ٢ ص ٦٣٧ .

(٧) كشف القناع ج ٣ ص ٦٧ ، شرح منتهى الارادات ج ٣ ص ٩٢ وفي المغني ج ٦ ص ٦٣٧ : « وأنكحة الكفار تتعلق بها أحكام النكاح الصحيح ... » .

والذي يترجح عندي أن مسألة التوارث بين الزوجين غير المسلمين يجب أن تبنى على أساس نظرتنا الى أنكحتهم ، فإذا قلنا إن أنكحتهم صحيحة أو لها حكم الصحة في حقهم — وهذا هو الصحيح — لزم القول بالتوارث بها فيما بينهم ، سواء كان نكاحهم نكاحاً يقرون عليه بعد الاسلام أو لا يقرون عليه ، وحيث أن أبا حنيفة و شافعية والحنابلة يقولون بصحة أنكحتهم بالنسبة لهم ، فيقتضي هذا وجوب القول بتوارثهم بهذه الأنكحة • أما إقرارهم عليها أو عدم إقرارهم عليها بعد الاسلام فهذه مسألة أخرى لا تعلق لها بالإرث وإنما تظهر بعد الاسلام فيما يخص بقاء النكاح ، بخلاف مسألة الميراث فإنها تظهر بعد انتهاء النكاح بفرقة الموت • وعليه فما قاله الامام القهستاني الحنفي هو ما يترجح عندي •

٤٣٩ — ثالثاً : الارث بالولاء (١) :

١- **ولاء العتاقة :** قال الحنفية لا يشترط في ثبوت ولاء العتاقة كون المعتق مسلماً ، بل يثبت سواء كان المعتق والمعتق مسلمين أو غير مسلمين ، أو كان أحدهما مسلماً والآخر غير مسلم ، لوجود السبب ولعموم الحديث الشريف « الولاء لمن اعتق » • حتى لو أعتق مسلم ذمياً أو أعتق ذمياً مسلماً فولاء العتاقة يثبت للمعتق لما قلنا ، إلا أنه لا يرثه لاختلاف الدين (٢) • ويقول الحنفية قال الشافعية والحنابلة

(١) الولاء معناه النصرة ويراد به عند الفقهاء أحد أمرين : ولاء العتاقة أو ولاء الموالاة • ويسمى الأول العصبة السببية أي الآتية من جهة السبب وهو المعتق لا من جهة النسب ، وهو قرابة حكمية أنشأها الشارع بين المعتق وعتيقه ، فكانها مكافأة له على إعادة الحرية الى مملوكه : الوصايا في الفقه الاسلامي لاستاذنا محمد سلام مذكور ص ٣٥ •

(٢) الكاساني ج ٤ ص ١٦١ ، رد المحتار ج ٥ ص ١٠١ ، ١٠٥ • وحديث الولاء لمن اعتق رواه البخاري ج ٤ ص ٣١٧ ، مسلم ج ٦ ص ٣٥٧ ، أبو داود ج ٥ ص ٣٩٢ ، الترمذي ج ٨ ص ٢٨٢ ، النسائي ج ٦ ص ١٦٢ ، ابن ماجه ج ٢ ص ١٠٦ •

وغيرهم من الفقهاء حتى قال صاحب المغني : لا خلاف فيه بين أهل العلم ^(١) . وعلى هذا يثبت الولاء لغير المسلم على غير المسلم . أما من جهة الميراث فقد أجمع العلماء على أن المعتق يرث عتيقه إذا اتحدا ديناً ^(٢) . أما إذا اختلفا ديناً فقد ذكرنا أن الفقهاء اختلفوا في توارث غير المسلمين إذا اختلفت مللهم ^(٣) . فعلى رأي المجيزين ، يرث الذمي المعتق عتيقه الذمي وإن اختلف معه في الدين وعلى رأي المشتريين اتحاد الدين لا يرث الذمي المعتق عتيقه الذمي إذا اختلف معه في الدين .

ب - ولاء الموالاة (٤) :

وهذا سبب للارث عند الحنفية والشيعة الامامية دون غيرهم من الفقهاء . والذمي يثبت له ولاء الموالاة عند الحنفية ، لأنهم قالوا الاسلام ليس بشرط لصحة عقد الموالاة ، فتجوز موالاة الذمي للذمي ^(٥) . ويظهر أن الشيعة الامامية لا يشترطون الاسلام في عقد الموالاة ، لأنهم لم يذكروا هذا الشرط لصحته ^(٦) . وعلى هذا فالذمي يرث بولاء الموالاة اذا لم يكن هناك وارث أحق منه بالإرث .

ويلاحظ أن قانون الموارث في الجمهورية العربية المتحدة رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ لم يجعل ولاء الموالاة سبباً للميراث . أما في العراق فإن قانون الأحوال الشخصية لم يلغه ، بل سكت عنه ، ومعنى ذلك انه بقي معمولاً به كسبب من أسباب الإرث حسب الفقه الحنفي .

- (١) المغني ج ٦ ص ٣٥٠ ، مغني المحتاج ج ٤ ص ٥٠٧ .
- (٢) المغني ج ٦ ص ٣٤٨ .
- (٣) فقرة ٤٣٥ ص ٥١٨ - ٥١٩ من هذه الرسالة .
- (٤) وهو ما كان عليه العرب في الجاهلية من التورث بالنصرة والمعاهدة وكان يثبت على الجانبين أو من جانب واحد . والجمهور على أنه نسخ بآيات الموارث ، والأحناف والشيعة الامامية لم يقولوا بالنسخ ، ورتبته مؤخره عن أصحاب الفروض والعصبات وذوي الأرحام : الوصايا في الفقه الاسلامي لاستاذنا محمد سلام مذكور ص ٣٥-٣٦ .
- (٥) الكاساني ج ٤ ص ١٧١ ، الدر المختار ورد المختار ج ٥ ص ١٠٨ .
- (٦) الاحكام الجعفرية في الأحوال الشخصية ص ١٤٣ .

٤٤٠ - موارث الذميين في الوقت الحاضر :

في العربية المتحدة في الوقت الحاضر ، تخضع موارث المواطنين من مسلمين وغير مسلمين لقانون الموارث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ ولأرجح الأقوال في المذهب الحنفي فيما لم ينص عليه هذا القانون طبقاً للمادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية^(١) ، لأن القانون المدني المصري « العربي » نص في المادة ٨٧٥ : « تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم من الإرث وإتقال أموال التركة اليهم تسري في شأنها أحكام الشريعة الاسلامية والقوانين الصادرة بشأنها » . وجاء في المذكرة الايضاحية لهذه المادة : « ... وقد حسم المشرع بهذا النص الخلاف القائم في أمرين جوهرين في الميراث ، فقضى بأن الشريعة الاسلامية هي التي تطبق في ميراث المصريين حتى ولو كانوا غير مسلمين وحتى لو اتفقوا جميعاً على تطبيق قانون ملتهم »^(٢) .

وفي العراق تخضع الموارث بالنسبة للعراقيين ، مسلمين وغير مسلمين ، للأحكام الواردة في قانون الأحوال الشخصية العراقي ولما أحال عليه من مواد في القانون المدني العراقي طبقاً لما نجا في المادة ٧٤ من قانون الأحوال الشخصية . وفيما عدا ذلك يطبق الفقه الحنفي على غير المسلمين باعتباره القانون العام للدولة في مسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين فيما لا نص على خلافه في قانون خاص . والجديد في أحكام الموارث التي جاء بها قانون الأحوال الشخصية العراقي هو عدم تقيده بالأنصبة المقدرة للورثة شرعاً ، فقد جعل نصيب الأئشي مثل نصيب الذكر ، متبعاً في ذلك قواعد الميراث في الأراضي الأميرية المفوضة

(١) طبقاً لما جاء في المذكرة الايضاحية لقانون الموارث اذ اشارت الى ما قلناه من تطبيق هذا القانون والراجح في المذهب الحنفي فيما لم ينص عليه : الموارث في الشريعة الاسلامية لحسنين محمد مخلوف ص ٨ .
(٢) القانون الدولي الخاص للدكتور عز الدين عبدالله ج ٢ ص ٢٦٥ ، هامش رقم ٢ .

في الطابو التي نص عليها القانون المدني العراقي ^(١) . ولا شك في فساد ما ذهب اليه قانون الأحوال الشخصية العراقي لمخالفته نصوص القرآن القطعية ، ولكن هذا ما شرع ونفذ .

الْفَرْعُ الثَّانِي ١

توارث المستأمنين فيما بينهم

٤٤١ — ذكرنا في الفرع الأول أقوال الفقهاء في توارث غير المسلمين فيما بينهم عند اتفاقهم في الملة أو إختلافهم فيها ، وأسباب هذا التوارث . وهذه الأقوال تنطبق أيضاً على توارث المستأمنين فيما بينهم ^(٢) . فما قلناه في توارث الذميين فيما بينهم ، إذا اتفقوا في الملة أو اختلفوا ، يقال هنا بالنسبة للمستأمنين أيضاً . إلا انه يجب أن نلاحظ أن الحنفية يشترطون اتحاد الدار في توارث غير المسلمين كما سنذكره فيما بعد إن شاء الله . ويكفي هنا أن نقول أن الحنفية قالوا : ان المستأمنين في دار الاسلام يتوارثون فيما بينهم إذا كانوا من دار واحدة ، ولا يتوارثون اذا اختلفت بهم الدار ، لأن اختلف الدار مانع من الإرث فيما بينهم وبين سائر غير المسلمين ، فوجودهم في دار الاسلام لا ينفي اختلف الدارين فيما بينهم حكماً إن كانوا من دارين مختلفتين . وغير الحنفية كالحنابلة والشافعية لا يشترطون اتحاد الدار لثبوت التوارث بين غير المسلمين ، فعندهم

(١) هذا الصنف من الأراضي يعني أن رقبة الأرض تكون للدولة ، وللمالك حق التصرف فيها فقط . وهناك شروط لتملك حق التصرف فيها وفي انتقالها من مالك الى آخر . والطابو في العراق دائرة تشبه السجل العقاري في العربية المتحدة .

(٢) لأن الفقهاء يستعملون كلمة (الكفار) فيقولون الكفار يتوارثون فيما بينهم . وهذه الكلمة بمومها تصدق على الذميين والمستأمنين .

يرث المستأمن من المستأمن وإن اختلفا داراً^(١) .

٤٤٢ — وإذا مات المستأمن في دار الاسلام وترك مالا ولم يكن وارثه معه ، فعند الزيدية والحنفية ليس على الامام إرساله الى ورثته في دار الحرب بل عليه أن يسلمه اليهم اذا جاؤا الى دار الاسلام وأقاموا البينة على أنهم ورثته . وإنما كان الحكم هكذا لأن حكم الأمان للمستأمن باقٍ في ماله لحقه لا لحق ورثته في دار الحرب ، ومن جملة حقه إيصال تركته الى ورثته اذا ما جاؤا الى دار الاسلام^(٢) .

وعند المالكية والحنابلة ترسل التركة الى الورثة في دار الحرب ، فإن لم يعرفوا أرسلت التركة الى حكومتهم لتسلمها هي الى الورثة . فقد جاء في شرح منتهى الارادات : « فيبعث مال ذمي لوارثه الحربي حيث علم »^(٣) . وفي المغني لابن قدامة الحنبلي : « وقد نص أحمد في رواية الأثرم فيمن دخل إلينا بأمان فقتل أنه يبعث بدينته الى ملكهم حتى يدفعها الى الورثة »^(٤) .

وفي شرح الزرقاني على مختصر خليل ، في فقه المالكية : « فماله لوارثه . . فيرسل مع دينته لوارثه فإن لم يكن له وارث فصرح نصوصهم أنه لا حق فيه للمسلمين بل يبعث هو ودينته لأهل بلاده »^(٥) .

والحنابلة والمالكية لم يذكروا دليلاً على قولهم ، ولكن يمكن الاستدلال لهم بأن المستأمن ، وقد دخل دار الاسلام بأمان ، فقد استفاد العصمة لنفسه وماله ، ومن تمام العصمة لماله إيصاله لوارثه إن كان معروفاً ، وإلا كان إرساله الى حكومته هو السبيل المعقول لإيصاله الى

(١) شرح السراجية ص ٨١ ، اختلاف الفقهاء للطبري ص ٥٤ ، كشاف

القناع ج ٢ ص ٦٠١ ، فتح العزيز ج ٨ ص ٦٣ — ٦٤ .

(٢) شرح السير الكبير ج ٤ ص ٢٣٣ ، حاشية الفناري ص ٧٩ — ٨٠ ،

البحر الزخار ج ٥ ص ٤٥٥ .

(٣) شرح منتهى الارادات ج ٢ ص ٦٣٦ .

(٤) المغني ج ٦ ص ٢٩٧ .

(٥) شرح الزرقاني لمختصر خليل ج ٨ ص ٢١٣ .

— ٥٢٩ —

الورثة ، لأن حكومة المتوفى أعلم بهم من غيرها .

٤٤٣ — المطبق في الوقت الحاضر بخصوص إرسال تركة المستأمن

الى ورثته في دار الحرب :

في العربية المتحدة لا ترسل تركة المستأمن الى ورثته في دار الحرب عملاً بالمذهب الحنفي ، إذ ليس هناك تقنين يجيز هذا الإرسال فتبقى هذه المسألة محكومة بالفقه الحنفي .

وفي العربية السعودية ، حيث يطبق المذهب الحنبلي ، ترسل التركة الى الورثة في دار الحرب إن كانوا معروفين ، وإلا أرسلت الى حكومتهم لتسلمها هي اليهم .

وفي العراق جوز قانون الأحوال الشخصية للأجانب رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ وتعديلاته إرسال تركة الأجنبي المتوفى في العراق الى حكومته لتوزعها على الورثة ، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ١٣ من هذا القانون على أن : « للمحكمة أن تقرر بعد أخذ موافقة وزير العدل تسليم صافي التركة أو قسم منها الى السلطات المختصة في البلاد الأجنبية لتوزع على مستحقيها » . ولكن إذا لم يكن للأجنبي وارث فإن أمواله التي في العراق تؤول الى الدولة العراقية وهذا ما نصت عليه الفقرة (ب) من المادة ٢٢ من القانون المدني العراقي ، إذ قالت : « الأجنبي الذي لا وارث له تؤول أمواله التي في العراق للدولة العراقية ولو صرح قانون دولته بخلاف ذلك » .

الذَّعُّ الْكَاثِلُ

التوارث بين النعمين والمستأمنين

٤٤٤ — اشترط الحنفية اتحاد الدار بين غير المسلمين لثبوت

التوارث فيما بينهم . ولم يشترط غيرهم كالحنابلة هذا الشرط . فلا بد

— ٥٣٠ —

من بيان المقصود من اختلاف الدارين ومتى يكون مانعاً من الإرث عند الأحناف ، وما هي أقوال الفقهاء الآخرين عن هذا المانع .

٤٤٥ - معنى اختلاف الدارين :

المقصود باختلاف الدارين أن يكون لكل دار ، أي دولة ، منعة — أي عسكر — وحاكم خاص بها ، وتنقطع العصمة بينهما بأن تستحل كل دولة قتال الأخرى . أو تكون العصمة بينهما ثابتة ولكن ليس بينهما تناصر ولا ولاية ، إذ أن وجود العصمة فقط بين الدولتين لا يكفي لرفع اختلاف الدارين إلا إذا انضم إليها وجود التناصر والموالاتة . فالمنظور إليه لوجود اختلاف الدارين أو عدمه وجود التناصر والموالاتة بين الدولتين أو عدم وجود هذا المعنى . فإذا وجدت النصره والموالاتة بين الدولتين فالدار واحدة ولا اختلاف بينهما ، وإن لم يوجد تناصر ولا موالاتة فالداران مختلفتان سواء وجدت بينهما العصمة أو انقطعت (١) .

وإنما كان اختلاف الدارين مانعاً من الإرث ، عند الحنفية ، لأن الوراثة مبنية على النصره والموالاتة ، فإذا اختلفت الداران على النحو الذي ذكرناه اتفت النصره والموالاتة بينهما فتنتفي الوراثة المبنية عليهما (٢) .

ويلاحظ هنا أن إختلاف الدارين إنما يكون بين دور الحرب اذا

- (١) شرح السراجية ص ٨١ ، الزيلعي ج ٦ ص ٢٤٠ ، الدر المختار ورد المحتار ج ٥ ص ٦٧٢ ، مذكرة في دراسة الاجراءات والتمرينات القضائية لاستاذنا الشيخ محمد فرج السنهوري ص ٤٣ - ٤٤ .
- (٢) شرح السراجية ص ٨١ ، الدر المختار ورد المحتار ج ٥ ص ٦٧٢ ، الابياني ج ٣ ص ٣٧ ، الزيلعي ج ٦ ص ٢٤٠ ، استاذنا الشيخ محمد فرج السنهوري في مؤلفه السابق ص ٤٤ ، حكم المحكمة العليا الشرعية في مصر الصادر في ٦ ربيع الثاني سنة ١٣٤٢ هـ في قضية الاستئناف رقم ١٣٣ ، والتي ذكرها الشيخ السنهوري في كتابه السابق ص ٥٠ وما بعدها ، وقد جاء في هذا الحكم : وبينوا — أي فقهاء الحنفية — أن سبب المنع من الارث بين مختلفي الدار هو عدم التناصر والولاية بينهما ، والارث مبني عليهما .

— ٥٣١ —

تحققت شروطه ، أما بالنسبة لدار الاسلام مع أية دار من دور الحرب ، فإن اختلاف الدارين يعتبر قائماً بينهما من غير قيد أو شرط . وفي هذا المعنى قالت المحكمة العليا الشرعية في العربية المتحدة في حكم لها : « وقرروا — أي فقهاء الحنفية — أن بلاد الاسلام كلها دار واحدة مهما تنوعت حكوماتها واختلفت أحكامها ، وأن غيرها من البلاد يختلف باختلاف الحاكم والمنعة . وبلاد الإسلام كلها مختلفة مع غيرها دون قيد ولا شرط » (١) .

٤٤٦ — أنواع اختلاف الدارين :

اختلاف الدارين قد يكون حقيقة وحكماً ، وقد يكون حقيقة فقط وقد يكون حكماً فقط . والمقصود بالاختلاف الحقيقي هو الاختلاف بالاقامة ، كأن تكون إقامة الشخص في دولة وإقامة قريبه الذي يرث منه في دولة أخرى . أما الاختلاف الحكمي فمعناه الاختلاف بالتبعية للدولة ، أي الاختلاف بالجنسية ، كأن يكون أحدهما من تبعة دولة معينة والآخر من تبعة دولة أخرى .

ومثال اختلاف الدارين حقيقة وحكماً والحربي والذمي ، بأن يكون الحربي في دار الحرب والذمي في دار الاسلام ، أو كالحريين في داريهما المختلفتين . ومثال اختلاف الدارين حقيقة فقط ، الحريان من دار واحدة وقد دخل أحدهما دار الاسلام بأمان وبقي الآخر في دار الحرب . ومثال اختلاف الدارين حكماً فقط الذمي والمستأمن في دارنا ، فهما في دار واحدة حقيقة ولكنهما من دارين مختلفتين حكماً لأن تابعيتهما ، أي جنسيتهما ، مختلفة ، فالذمي من تبعة دار الاسلام ، والمستأمن من تبعة دار الحرب (٢) .

(١) حكم المحكمة العليا الشرعية في مصر المنوه به في الهامش قبله .
(٢) شرح السراجية ص ٧٨ وما بعدها ، رد المحتار ج ٥ ص ٦٧٢ ، الإيباني ج ٣ ص ٣٦ ، أحكام التركات والموارث لاستاذنا الشيخ محمد أبو زهرة ص ١١٣ .

٤٤٧ - أي نوع من اختلاف الدارين يمنع الإرث ؟

المانع من الإرث هو اختلاف الدارين حكماً ، سواء انضم إليه الاختلاف حقيقة أو لم ينضم . أما الاختلاف حقيقة فقط فلا يمنع التوارث (١) . وبناء على هذا لا توارث بين المستأمن والذمي في دار الاسلام لاختلاف الدار بينهما حكماً ، ولا توارث بين مستأمنين في دار الاسلام إن كانا من دارين مختلفتين لاختلاف الدار بينهما حكماً . ولا توارث بين حربيين في داريهما المختلفتين لاختلاف الدار بينهما حقيقة وحكماً . ويثبت التوارث بين مستأمنين في دار الاسلام إن كانا من دار واحدة . وكذلك يثبت التوارث بين مستأمن في دارنا وبين حربي في دارهم لاتحاد الدار بينهما حكماً (٢) .

٤٤٨ - اختلاف الدارين في المذاهب الأخرى :

عند الحنابلة والشيعة الإمامية والامام مالك لا يعتبر اختلاف الدارين من موانع الإرث بين غير المسلمين . فعندهم يرث ذمي حريباً وعكسه ، ويرث حربي مستأماً في دار الاسلام وعكسه ، ويرث ذمي مستأماً وعكسه بشرط اتحاد الدين بين الوارث والمورث . وقد احتج الحنابلة لمذهبهم بأن العمومات من النصوص تقتضي توريث غير المسلمين بعضهم من بعض من غير اشتراط اتحاد الدار فيما بينهم ، وبأنه لم يرد نص ولا إجماع في اشتراط اتحاد الدار لثبوت الإرث فيما بين غير المسلمين ، كما لا يصح في منعهم من التوارث بسبب اختلاف الدار قياساً ، فيجب ، إذن ، العمل بعموم النصوص . ومفهوم قوله عليه الصلاة والسلام « لا يتوارث أهل ملتين شتى » أن أهل الملة الواحدة يتوارثون وإن اختلفت بينهم الدار . وضبط التوريث بالملة دليل على

(١) حاشية الفناري ص ٧٨ - ٧٩ ، الزيلعي ج ٦ ص ٢٤٠ ، شرح

الكنز للعيني ج ٢ ص ٣٧٠ ، الإبياني ج ٣ ص ٣٧ .

(٢) شرح السراجية ص ٧٨ - ٨١ ، رد المختار ج ٥ ص ٦٧٢ .

ان الاعتبار بها دون غيرها (١) .

أما الشافعية ، فيبدو ، أن اختلاف الدار المانع من الإرث ، عندهم ، هو ما كان حقيقة لا حكماً . يدل على ذلك انهم قالوا : لا توارث بين ذمي وحربي في أظهر القولين في المذهب الشافعي . وقالوا : لا توارث بين المستأمن في دار الاسلام وبين الحربي في دار الحرب على القول الراجح في المذهب . ثم قالوا بجريان التوارث بين الذمي والمستأمن في دار الاسلام على القول الراجح في المذهب لعصمة المستأمن كاذمي (٢) . فهذه الأقوال تدل على أن المعتبر عند الشافعية هو اختلاف الدار حقيقة لا حكماً ، فمتى ما وجد هذا النوع من اختلاف الدار امتنع الإرث بين غير المسلمين سواء انضم إليه الاختلاف الحكمي أو لم ينضم ، أما الاختلاف الحكمي فقط فلا يكفي لمنع الإرث .

ومن عرض أقوال الفقهاء المختلفة في مسألة اختلاف الدار يبدو لي أن قول الحنابلة ومن وافقهم هو الراجح نظراً لقوة ما استدلوا به .

٤٤٩ - اختلاف الدارين في قانون الوارث في العربية المتحدة :

جاء في المادة الثالثة من القانون المصري « العربي » رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ : « واختلاف الدارين لا يمنع من الإرث بين المسلمين ولا يمنع بين غير المسلمين إلا إذا كانت شريعة الدار الأجنبية تمنع من توريث

(١) المغني ج ٦ ص ٢٩٦ - ٢٩٧ ، كشف القناع ج ٢ ص ٦٠١ ، شرح منتهى الإرادات ج ٢ ص ٦٣٦ - ٦٣٧ ، الأحكام الجعفرية في الأحوال الشخصية ص ١٤٥ : اختلاف الدارين في حق الحربي والذمي ، وفي حق الحربيين من دارين مختلفتين ليس من موانع الإرث إذا لم يقارنه أحد الموانع المتقدمة . فتح القريب المجيب ج ١ ص ١٦ : فلا توارث بين حربي وذمي في الأظهر وفقاً لأبي حنيفة . . . ومقابلته يتوارثان وفقاً للإمام مالك وأحمد .

(٢) فتح القريب المجيب ج ١ ص ١٦ ، مغني المحتاج ج ٣ ص ٢٥ ، فتح العزيز ج ٨ ص ٦٤ .

— ٥٣٤ —

الأجنبي عنها » • فيستفاد من هذه المادة ما يأتي :

اولا - إختلاف الدار ليس مانعاً من الإرث في حق المسلمين مهما اختلفت دولهم ، وهذا ما قرره الفقهاء (١) •

ثانياً - إختلاف الدار مانع من الإرث بين غير المسلمين في حالة واحدة فقط وهي اذا كانت شريعة الدولة الأجنبية تمنع من توريث الأجنبي عنها ، ومأخذ هذا الإستثناء هو المعاملة بالمثل • وعليه فالأجنبي غير المسلم يرث قربه الذمي في العربية المتحدة إذا كان قانون دولة الأجنبي لا يمنع من توريث هذا الذمي • أما اذا كان قانون دولة هذا الأجنبي يمنع من ذلك ، فإن في هذه الحالة يكون إختلاف الدار مانعاً من الإرث • فإذا مات مواطن ذمي في الجمهورية العربية المتحدة وكان له ابن ايطالي غير مسلم فإن الابن يرثه ، إلا إذا كان قانون الدولة الايطالية يمنع من توريث الذمي من الايطالي غير المسلم (٢) •

ثالثاً - ولكن هل إختلاف الدار يمنع الإرث بين الذمين المواطنين في العربية المتحدة وبين الذمين من رعايا الدول الاسلامية الأخرى ؟ ان المادة المذكورة لم تجعل إختلاف الدار مانعاً من الإرث بين غير المسلمين إلا في حالة واحدة ذكرتها وهي ما إذا كانت شريعة الدار الأجنبية تمنع من توريث الأجنبي عنها • فهل يمكن حمل المقصود من « الدار الأجنبية » على الدول الاسلامية أيضاً ؟ الظاهر أنه لا يمكن حمل هذه العبارة على الدول الاسلامية ، لأن دول الاسلام تعتبر كلها في حكم دار واحدة هي دار الاسلام ، والذمي في احداها يعتبر كأنه من رعايا الدولة الاسلامية الأخرى شرعاً • وأيضاً فإن القانون المذكور لم يلغ ما هو المقرر في الفقه الاسلامي من ثبوت التوارث بين الذمين في دار

(١) شرح السراجية ص ٨١ - ٨٢ •

(٢) أحكام التركات والموارث لاستاذنا الشيخ محمد ابو زهرة ص ١١٥ ، الموارث للشيخ حسين محمد مخلوف ص ٢٩ •

— ٥٣٥ —

الاسلام ، كما لم يلغ اعتبار الدول الاسلامية كأنها دار واحدة لا تختلف باختلاف المنعة والحكومات • وعليه فالمواطن الذمي في الجمهورية العربية المتحدة يرث غيره من الذميين من رعايا الدول الاسلامية الأخرى وبالعكس مهما تكن قوانين هذه الدول الاسلامية ، أي سواء ورثت الأجنبي عنها من رعاياها أو لم تورثه (١) •

٤٥٠ - اختلاف الدارين في العراق :

اختلاف الدارين غير مانع من الإرث في العراق ، فيرث العراقي الأجنبي ، إلا أن الأجنبي لا يرث العراقي الا اذا كان قانون دولته يورث العراقي منه (٢) •

الطَّلَبُ الثَّانِي

التوارث بينهم وبين المسلمين

الْمَرْعُ الْأَوَّلُ

توريث الذمي والمستامن من المسلم

٤٥١ - غير المسلم لا يرث المسلم لقوله صلى الله عليه وسلم :
« لا يرث المسم الكافر ولا الكافر المسلم » ، وعلى هذا إجماع

-
- (١) أحكام التركات والموارث لاستاذنا الشيخ محمد ابو زهرة ص ١١٥ .
(٢) نصت الفقرة (١) من المادة ٢٢ من القانون المدني العراقي على ان :
« اختلاف الجنسية غير مانع من الارث في الاموال المنقولة والعقارات ،
غير أن العراقي لا يرثه من الاجانب الا من كان قانون دولته يورث
العراقي منه » •

الفقهاء (١) . وقد حصل الخلاف في مسألتين تتعلقان بميراث غير المسلم من المسلم وهما : أ - إذا أسلم غير المسلم قبل قسمة تركته المسلم ، فهل يرث في هذه الحالة أم لا ؟ ب - المعتق غير المسلم ، هل يرث من عتيقه المسلم أم لا ؟ . وسنتكلم عن هاتين المسألتين ونذكر أقوال الفقهاء فيهما .

٤٥٢ - أولا - إذا أسلم غير المسلم قبل قسمة تركته المسلم :

قال الحنابلة ، إذا كان المورث مسلماً ووجد كافر لولا كفره لورثه ، وأسلم هذا الكافر قبل تقسيم الميراث فإنه يرث مورثه المسلم . أما إذا قسمت التركة على مستحقيها قبل إسلامه فلا شيء له . وإن قسم بعض التركة ورث منها بقي دون ما قسم . والزوجة الكافرة ترث من التركة قبل تقسيمها إذا أسلمت في العدة . وإذا كان الوارث المسلم واحداً وأسلم الكافر ، فقد قال صاحب المغني : « فإذا تصرف - أي الوارث - في التركة واحتازها كان ذلك بمنزلة قسمتها » . ومعنى ذلك أن من أسلم لا شيء له من التركة .

وحجة الحنابلة هي ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « كل قسم قسم في الجاهلية فهو على ما قسم ، وكل قسم أدركه الإسلام فإنه على قسم الإسلام » . وبأن في توريثه ترغيباً له في الإسلام (٢) .

(١) إبداء المجتهد ج ٢ ص ٢٩٥ ، شرح الخرشي ج ٨ ص ٢٢٣ ، المغني ج ٦ ص ٢٩٤ ، كشاف القناع ج ٢ ص ٦٠٠ ، فتح القريب المجيب ج ٢ ص ١٤ ، مغني المحتاج ج ٣ ص ٢٤ ، أحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ١٠١ ، الزيلعي ج ٦ ص ٢٤٠ ، شرح الكنز للعيني ج ٢ ص ٣٦٩ ، شرح السراجية ص ٧٤ ، شرح الكنز للأفغاني ج ٢ ص ٣٥٤ ، المحلي ج ٩ ص ٣٠٤ ، تنمة الروض النضير ص ٧٨ ، نيل الأوطار ج ٦ ص ٧٣ - ٧٤ ، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة ج ٢٨ ص ١٨ ، الخلاف للطوسي ج ٢ ص ٢٥٩ ، سفينة النجاة ج ٢ ص ٣٨ ، المختصر النافع ص ٢٦٥ ، شرح النيل ج ٨ ص ٢٦٠ وما بعدها ، البحر الزخار ج ٥ ص ٣٦٧ .

(٢) كشاف القناع ج ٢ ص ٦٠٠ - ٦٠١ ، شرح منتهى الإرادات ج ٢ ص ٦٣٦ ، المغني ج ٦ ص ٢٩٨ - ٣٠٠ ، والحديث (كل قسم في الجاهلية ..) أخرجه أبو داود ج ٤ ص ١٨٢ وابن ماجه ج ٢ ص ١٧٠ .

ومذهب الشيعة الامامية شبيه بمذهب الحنابلة ، فعندهم اذا أسلم الكافر قبل قسمة التركة شارك الورثة إن كان مساوياً لهم في الرتبة ، وأخذ الجميع إن كان أولى من الآخرين • إلا أنه اذا كان الوارث المسلم واحداً وأسلم الكافر فإنه لا يرث إلا إذا كان الوارث هو الامام • وإن كان اسلام الكافر بعد القسمة فلا شيء له في جميع الأحوال ^(١) •

والزيدية قالوا بتوريث الكافر اذا أسلم قبل قسمة التركة ^(٢) ، فيفهم من هذا أنه اذا أسلم بعد قسمة التركة فلا ميراث له • فهم مع الحنابلة والشيعة الامامية في هذه المسألة •

وزهد الجمهور الى أن الكافر لا يرث من المسلم ولو أسلم قبل قسمة الميراث • وممن قال بهذا القول سعيد بن المسيب والزهري وأبو حنيفة ومالك والشافعي وعامة الفقهاء •

واجتج الجمهور بقول النبي صلى الله عليه وسلم : « لا يرث الكافر المسلم » ، وبأن المانع من الإرث متحقق حال وجود الموت فلا يستحق الارث ، كما لو بقي على كفره ، وبأن الملك قد انتقل الى الورثة المسلمين فلا يشاركونهم من أسلم كما لو اقتسموا التركة قبل اسلامه ^(٣) •

(١) مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة ج ٢٨ ص ٢٤ ، الخلاف للطوسي ج ٢ ص ٢٦٠ ، سفينة النجاة ج ٢ ص ٣٩ ، شرح اللمعة ج ٢ : « اذا أسلم الكافر على ميراث قبل قسمته بين الورثة شارك بالارث بحسب حاله ، ولو أسلم بعد القسمة أو كان الوارث واحداً فلا مشاركة » . المختصر النافع ص ٢٦٥ : « واذا أسلم الكافر على ميراث قبل قسمته شارك ان كان مساوياً في النسب ، وحاز الميراث ان كان أولى ، سواء كان المورث مسلماً أو كافراً ولو كان الوارث المسلم واحداً لم يزاحمه الكافر وان أسلم لأنه لا يتحقق هنا قسمة » •

(٢) تمة الروض النضير ص ١٠٥ : « ومن أسلم على ميراث قبل ان يقسم ورث منه ، فقد روي ان عثمان بن عفان ورث رجلاً أسلم على ميراث قبل ان يقسم » •

(٣) المغني ج ٦ ص ٢٩٨ - ٢٩٩ ، المدونة الكبرى ج ٨ ص ٩٨ ، فتح القريب المجيب ج ١ ص ١٤ ، فتح العزيز ج ٨ ص ٦٢ ، الوصايا في الفقه الاسلامي لاستاذنا محمد سلام مذكور ص ٤٩ •

— ٥٣٨ —

وعلى هذا اذا كان المورث مسلماً وأسلم الذمي أو المستأمن قبل
قسمة التركة ، وقد قام فيهما سبب الإرث ، ورثا على قول الحنابلة
والشيعة الامامية والزيدية ولم يرثا على قول الجمهور •

٤٥٢ - القول الراجح :

والذي يترجح عندي هو قول الجمهور لقوة أدلتهم ، أما أدلة
القائلين بالتوريث فضعيفة من وجوه عديدة ، منها :

أ - الحديث الذي احتجوا به وهو : « كل قسم قسّم في الجاهلية
... الخ » لا تقوم بمثله حجة • فقد روي مسنداً ومرسلاً ، والمسند
فيه محمد بن مسلم وهو ضعيف • والمرسل روي عن طريق عمرو بن
شعيب ^(١) ، وعمرو بن شعيب هذا فيه مقال معروف عند المحدثين ^(٢) ،
كما أن الاحتجاج بالمرسل أمر مختلف فيه بين الفقهاء ^(٣) •

ب - آيات الموارث دلت على أن ميراث الوارثينهم ، وملكيتهما ورث
من تركه مورثه تستقر من لحظة موت المورث من غير توقف على قسمة
التركة • فمن هذه الآيات قوله تعالى : « ولكم نصف ما ترك
أزواجكم » ^(٤) • فملكية الوارث لما ورث تتم من لحظة وفاة المورث
فلا يزول ملك الوارث عن ملكه من التركة بإسلام أحد ، كما لا يزول
لو كان هذا الاسلام بعد تقسيم التركة •

ج - أحكام الموارث في الشريعة الاسلامية ثبتت واستقرت ولا
اعتبار فيها بالقسمة ولا بعدمها بخلاف موارث الجاهلية ، إذ أنه ما قسم
منها قبل الاسلام مضى واستقر ، وما لم يقسم منها حتى أدركه الاسلام
نزل على حكم الاسلام ، وفي هذا يقول الامام الجصاص : « أما موارث

(١) المحلى ج ٩ ص ٣٠٨ •

(٢) فقرة ٢٣٢ ص ٢٧٦ من هذه الرسالة •

(٣) ص ٤١٣ من هذه الرسالة •

(٤) آية « ولكم نصف ما ترك ... » وردت في سورة النساء ج ٥ :
الآية ١٢ •

— ٥٣٩ —

أهل الجاهلية فإنها لم تقع على حكم الشرع ، فلما جاء الاسلام حملت على أحكام الشرع إذ لم يكن ما وقع قبل ورود الشرع مستقراً ثابتاً ، فعفي لهم عما قد اقتسموه وحمل ما لم يقسم منها على حكم الشرع ، كما عفي لهم عن الربا المقبوض ، وحمل بعد ورود تحريم الربا ما لم يكن مقبوضاً على حكم الشرع فأبطل وأوجب عليهم رد رأس المال . ومواريث الاسلام قد ثبتت واستقر حكمها ولا يجوز ورود الفسخ عليها فلا اعتبار فيها بالقسمة ولا بعدمها ، كما أن عقود الربا لو وقعت في الاسلام بعد تحريم الربا واستقرار حكمه لا يختلف فيه حكم المقبوض منها وغير المقبوض في بطلان الجميع » (١) .

٤٥٤ - ثانياً - المعتق غير المسلم ، هل يرث عتيقه المسلم ؟

عند الحنابلة - على ما ذكره فقهاؤهم المتأخرون - يرث الكافر عتيقه المسلم بالولاء قياساً على ثبوت إرث المسلم المعتق من عتيقه الكافر ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « لا يرث المسلم النصراني إلا أن يكون عبده أو أمته » (٢) . إلا أن صاحب المغني الحنبلي ذكر أن في التورث بالولاء مع اختلاف الدين روايتين في المذهب : (أحدهما) يرث المعتق عتيقه . و (الثانية) لا يرث . وقد نصر هو الرواية الثانية ، أي عدم ميراث المعتق الكافر من عتيقه المسلم وبالعكس ، وهذا هو قول الجمهور . والحجة له قول النبي صلى الله عليه وسلم : « لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم » ولأنه ميراث فيمنعه اختلاف الدين كالميراث بسبب القرابة ، بل إن الميراث بالقرابة أقوى منه بالولاء ، فإذا امتنع بها مع اختلاف الدين فلأن يمتنع بالولاء مع اختلاف الدين أولى . وأيضاً فإن النبي عليه الصلاة والسلام ألحق الولاء بالنسب ، بقوله : « الولاء لحمه كلحمه النسب » ، فكما يمنع اختلاف الدين الميراث مع صحة

(١) الجصاص ج ٢ ص ١٠٥ .

(٢) كشف القناع ج ٢ ص ٦٠٠ ، شرح منتهى الإرادات ج ٢ ص ٦٣٦ .

النسب وثبوته فكذاك يمنعه مع صحة الولاء وثبوته (١) .
والراجح هو قول الجمهور نظراً لما استدلوا به ، ولأن حجة القائلين بالتوريث في هذه الحالة هو القياس على توريث المعتق المسلم من عتيقه الكافر ، الثابت — عندهم — بقوله عليه الصلاة والسلام : « لا يرث المسلم النصراني إلا أن يكون عبده أو أمته » . ولكن هذا الحديث لا تقوم به حجة لأنه روي عن أبي الزبير عن جابر ، وقد قال ابن حزم : إن أبا الزبير إذا لم يقل سمعت أو حدثنا يكون تدليساً (٢) .

٤٥٥ — المعمول به في الوقت الحاضر :

في العربية المتحدة نص قانون الموارث المصري « العربي » في مادته السادسة على أنه : « ولا توارث بين مسلم وغير مسلم ، ويتوارث غير المسلمين بعضهم من بعض » . ومعنى ذلك أن اختلاف الدين بين المسلم وغير المسلم مانع من الإرث مطلقاً ، فلا يرث المعتق غير المسلم عتيقه المسلم لاختلاف الدين بينهما . والظاهر من نص المادة أن الاختلاف في الدين يعتبر متحققاً إذا وجد في لحظة وفاة المورث ولا عبرة بإسلام غير المسلم قبل قسمة التركة ، كما هو مذهب الأحناف وغيرهم من الجمهور .

وفي العراق أحال قانون الأحوال الشخصية العراقي في مادته الرابعة والسبعين على ما جاء في القانون المدني من أحكام الموارث في المواد من ١١٨٧ — ١١٩٩ . وقد نصت المادة ١١٩٩ منه على منع التوارث عند اختلاف الدين . ولم تستثن هذه المادة ميراث المعتق غير المسلم من عتيقه المسلم ولا العكس ، ومعنى ذلك أن لا توارث بينهما . كما أن الظاهر من المادة أنها تعتبر اختلاف الدين موجوداً إذا تحقق في لحظة وفاة المورث كما هو مذهب الجمهور .

(١) المغني ج ٦ ص ٣٤٩ — ٣٥٠ .

(٢) المحلى ج ٩ ص ٣٥ .

وفي العربية السعودية ، حيث يطبق المذهب الحنبلي ، يرث غير المسلم من المسلم اذا أسلم قبل قسمة التركة ، كما أن المعتق غير المسلم يرث عتيقه المسلم ، ويرث المعتق المسلم عتيقه غير المسلم . وفيما عدا هذه الأحوال يعتبر اختلاف الدين مانعاً من الإرث .

الْمَرْءُ الْكَافِرُ

توريث المسلم من الذمي والمستامن

٤٥٦ — قال جمهور الصحابة والفقهاء ، ومنهم الأئمة الأربعة وغيرهم ، لا يرث المسلم الكافر لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم » ^(١) . وروي عن معاذ بن جبل ومعاوية بن أبي سفيان توريث المسلم من الكافر ، كما حكى هذا الرأي عن محمد بن الحنفية وعلي بن الحسين وسعيد بن المسيب والشعبي ^(٢) . وبهذا الرأي أخذ الشيعة الامامية بإجماع علمائهم ^(٣) ، وسأذكر مذهبهم على حدة .

٤٥٧ — حجة القائلين بتوريث المسلم من غير المسلم :

١ — روي عن معاذ أنه ورث مسلماً من يهودي محتجاً بأن رسول

(١) نيل الأوطار ج ٦ ص ٧٣ — ٧٤ ، المغني ج ٦ ص ٢٩٤ ، بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٩٥ ، كشف القناع ج ٢ ص ٦٠٠ ، شرح منتهى الإرادات ج ٢ ص ٦٣٦ ، شرح الكنز للعيني ج ٢ ص ٣٦٩ ، شرح الكنز للأفغاني ج ٢ ص ٣٥٤ ، شرح السراجية ص ٧٤ ، الزيلعي ج ٦ ص ٢٤٠ ، فتح القريب المجيب ج ١ ص ١٤ ، مغني المحتاج ج ٣ ص ٢٤ ، تنمة الروض النضير ص ٧٨ ، شرح النيل ج ٨ ص ٢٠٦ ، ٢٦٦ .

(٢) بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٩٥ ، المغني ج ٦ ص ٢٩٤ ، البحر الزخار ج ٥ ص ٣٦٩ ، الوصايا في الفقه الاسلامي لاستاذنا محمد مفلح مذكور ص ٤٩ .

(٣) الخلاف للطوسي ج ٢ ص ٢٥٩ .

- الله صلى الله عليه وسلم قال : « الاسلام يزيد ولا ينقص » ^(١) .
- ٢ - روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « الاسلام يعلو ولا يعلو عليه » ^(٢) .
- ٣ - نحن ننكح نساءهم ولا ينكحون نساءنا ، فكذلك يجب أن نرثهم ولا يرثونا ^(٣) .
- ٤٥٨ - وقول الجمهور هو الصحيح الذي ينبغي المصير اليه لأن الحديث الشريف « لا يرث المسلم الكافر » صريح في عدم توريث المسلم من غير المسلم . وما استدلل به القائلون بتوريث المسلم من غير المسلم لا ينهض حجة لما ذهبوا اليه ، ويرد من وجوه عديدة منها :
- ١ - الحديث الشريف : « الاسلام يزيد ولا ينقص » يحتمل ان النبي عليه الصلاة والسلام أراد به أن الاسلام يزيد بمن أسلم ولا ينقص بمن يرتد لقلة من يرتد وكثرة من يسلم ^(٤) . وهذا المعنى هو الظاهر المتبادر الى الذهن فلا يصار الى غيره .
- ٢ - والحديث الآخر : « الاسلام يعلو ولا يعلو عليه » لا دلالة فيه على توريث المسلم من غير المسلم ، لأن علو الاسلام بالحجة والبرهان أو بالعلبة في العاقبة للمسلمين ، فلا تعلق له بالارث ^(٥) .
- ٣ - احتجاجهم بأن المسلمين ينكحون نساءهم ولا يحل لهم أن ينكحوا نساء المسلمين ، لا حجة لهم فيه في مسألتنا ، فإن العبد ينكح الحرة ولا يرثها ، ولأن النكاح مبناه على التوالد وقضاء الوطر ، والارث
- (١) الجصاص ج ٢ ص ١٠١ ، المغني ج ٦ ص ٢٩٤ ، حاشية الفناري ص ٧٤ .
- (٢) نيل الأوطار ج ٦ ص ٧٤ ، وقد جاء هذا الحديث في كتاب الجامع الصغير للسيوطي ورمز له برمز الحسن ، وقال : رواه الروياني والدارقطني والبيهقي والضياء عن عائذ بن عمرو : الجامع الصغير ج ١ ص ١٢٣ .
- (٣) المغني ج ٦ ص ٢٩٤ ، بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٩٥ .
- (٤) المغني ج ٦ ص ٢٩٥ ، شرح النيل ج ٨ ص ٢٦١ .
- (٥) شرح السراجية ص ٧٥ ، شرح النيل ج ٨ ص ٢٦١ .

مبناء على الموالاتة والمناصرة ، فلا يصح قياس أحدهما على الآخر ، فضلاً عن أن نكاحنا مختص بالكتايبات فقط (١) .

٤ — احتجاجهم بما روي عن معاذ بن جبل ومعاوية بن أبي سفيان من أنهما ورثا المسلم من الكافر ، لا حجة لهم فيه . لأن معاذ بن جبل ذهب الى التوريث متأولاً الحديث « الاسلام يزيد ولا ينقص » على المعنى الذي ذهب اليه ، والتأويل لا يقضى به على النص ، وإنما يجب رده الى المنصوص عليه لحمله على موافقته دون مخالفته ، والنص الثابت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم هو عدم التوارث بين المسلم والكافر ، فيجب حمل الحديث الذي تأوله معاذ على معنى يحتمله قوله عليه الصلاة والسلام « لا يرث المسلم الكافر » . أما ما ثبت عن معاوية ابن أبي سفيان أنه ورث المسلم من الكافر ، فهذا أيضاً لا حجة فيه ، لأن عمر بن عبدالعزيز ردّ أهل الشام الى الأمر الأول الذي كانوا عليه ، أي الى عدم توريث المسلم من الكافر . وقد قال الامام مسروق : ما أحدث في الاسلام قضية أعجب من قضية قضى بها معاوية من توريث المسلم من الكافر . فهذا القول من الامام مسروق يدل على بطلان ما ذهب اليه معاوية ، لآخباره أنها قضية محدثة في الاسلام مما يدل على أن الأمر قبل معاوية كان على عدم توريث المسلم من الكافر فلا يكون عمل معاوية حجة (٢) .

٥٩٤ — ومع أن جمهور الفقهاء اتفقوا على أن المسلم لا يرث الكافر إلا أنهم اختلفوا في توريث المسلم المعتق من عتيقه غير المسلم . فعند الحنابلة ، على ما جاء في كشاف القناع وغيره من كتب فقهاء الحنابلة المتأخرين ، يرث المسلم المعتق عتيقه الكافر ، محتجين بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لا يرث المسلم النصراني إلا

(١) فتح القريب المجيب ج ١ ص ١٤ ، شرح النيل ج ٨ ص ٢٦١ .

(٢) الجصاص ج ٢ ص ١٠١ - ١٠٢ .

أن يكون عبده أو أمته » . وقد ذكرت قول ابن قدامة في المغني بوجود روايتين في المذهب في مسألة التوارث بولاء العتاقة مع اختلاف الدين ، وأنه نصر الرواية الثانية التي تمنع التوارث ، كما بينت ضعف هذا الحديث الذي احتجوا به ^(١) . وعلى هذا فالراجح عدم تورث المسلم المعتق من عتيقه غير المسلم .

والامام مالك مع فقهاء الحنابلة في قولهم بتورث المسلم المعتق من عتيقه الكافر ، وخالفهم في العكس ، أي أنه ذهب الى عدم تورث المعتق الكافر من عتيقه المسلم وإن قال بتورث المعتق المسلم من عتيقه الكافر ^(٢) .

٤٦٠ - مذهب الشيعة الامامية :

ذهب الشيعة الامامية الى تورث المسلم من غير المسلم ، بل قالوا : ان المسلم يحجب جميع الورثة غير المسلمين حتى لو كان المسلم مولى العتاقة أو مولى الموالاة . فعندهم إذا مات الكافر عن ولد كافر وعن مولى موالاة مسلم ، فإن الميراث كله للأخير وليس للولد غير المسلم من الميراث شيء ^(٣) . ولا أعلم أحداً غير الشيعة الامامية قال هذا القول .

- (١) لفقرة ٥٤٤ ص ٥٣٩ - ٥٤٠ من هذه الرسالة .
 - (٢) المغني ج ٦ ص ٣٤٩ - ٣٥٠ . هذا ما ذكره صاحب المغني عن الامام مالك ولم أقف على هذا النص في كتب المالكية .
 - (٣) مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة ج ٢٨ ص ١٨ - ١٩ : « ولو خلف الكافر ورثة ورثوه . وان كان معهم مسلم كان الميراث كله له سواء قرب أو بعد حتى أن مولى النعمة بل ضامن الجريرة - أي مولى الموالاة - المسلم يمنع الولد الكافر من ميراثه من أبيه الكافر باجماع علمائنا » . شرح النعمة ج ٢ : « والمسلم يرث الكافر ويمنع ورثته الكفار وان قربوا وبعد ... بخلاف الكافر فان الكفار يرثونه مع فقد الوارث المسلم وان بعد كضامن الجريرة ويقدمون على الامام » .
- المختصر النافع ص ٢٦٥ : « الزوج المسلم احق بميراث زوجته من ذوي قرابتها الكفار ، كافرة كانت أو مسلمة ، له النصف بالزوجة والباقي بالرد . وللزوجة المسلمة الربع مع الورثة الكفار والباقي للامام » .

— ٥٤٥ —

٤٦١ - ما عليه العمل الآن :

في الجمهورية العربية المتحدة ، لا يرث المعتق المسلم عتيقه
غير المسلم لأن قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ ، في مادته
السادسة ، جعل اختلاف الدين مانعاً من الإرث مطلقاً ، فلا
يرث المسلم غير المسلم وبالعكس . فهو أخذ برأي الجمهور من الفقهاء .
وكذلك الحال في العراق ، كما قلنا ، فلا توارث مع اختلاف الدين
مطلقاً . وفي العربية السعودية ، حيث يطبق المذهب الحنبلي يرث المعتق
المسلم من عتيقه غير المسلم .

الباب الثاني

الحكم موكلات الزميين والمستأمنين الذاتية

تمهيد:

المعاملات المالية من أقسام الفقه الاسلامي ^(١) وتشغل مقداراً كبيراً منه ، وقد عرفت هذه المعاملات بأنها « تبادل الأموال والمنافع بين الناس بواسطة العقود والتصرفات » ^(٢) .

وسأتكلم في الفصل الأول من هذا الباب عن القاعدة العامة في معاملات الذميين والمستأمنين في دار الاسلام ، ومستثنيات هذه القاعدة . ثم أتكلم عن حكم معاملاتهم في دار الحرب في الفصل الثاني من هذا الباب .

(١) مذكرات في تاريخ الفقه لاستاذنا الشيخ محمد فرج السنهوري ص ٦ ، المدخل الفقهي العام الى الحقوق المدنية في البلاد العربية للاستاذ مصطفى أحمد الزرقا ج ١ ص ١١ .

(٢) كتاب المعاملات في الشريعة الاسلامية والقوانين المصرية تأليف احمد ابو الفتح الطبعة الثانية سنة ١٩٢٢ في القاهرة ص ١٢٠ .

الفصل الأول

القاعدة العامة في معاملاتهم المالية في دار الإسلام ومستثنياتها

المبحث الأول

القاعدة العامة

في معاملاتهم المالية في دار الإسلام

٤٦٢ - القاعدة العامة في معاملات الذميين والمستأمنين في دار الإسلام:
القاعدة العامة في الفقه الإسلامي هي أن الذميين كالمسلمين في
المعاملات الشاملة لجميع الإرتباطات القانونية وفي جميع الشؤون
الدنيوية (١) . فقد قال الحنفية أن الذمي كالمسلم في التزامه أحكام
الإسلام فيما يرجع إلى المعاملات لأنه من أهل دارنا (٢) ، وإن الذميين
في المعاملات والتجارات ، كالبيوع وسائر التصرفات ، كالمسلمين إلا ما
استثني (٣) . ويعللون ذلك بأن الذمة خلف عن الإسلام في التزام أحكام
الإسلام في الدنيا فيما يرجع إلى المعاملات (٤) .
وكذلك صرح الحنفية بأن المستأمنين في دار الإسلام بمنزلة الذميين
في المعاملات (٥) . لأن المستأمن بدخوله دار الإسلام مستأمن التزم
أحكام الإسلام أو ألزم بها من غير التزامه لإمكان إجراء هذه الأحكام

- (١) كتاب الوارث علماً وعملاً للشيخ المرحوم أحمد إبراهيم ص ٨٥ .
- (٢) المبسوط ج ١٠ ص ٨٤ : لأن الذمي ملتزم أحكام الإسلام فيما يرجع
إلى المعاملات . شرح السير الكبير ج ١ ص ٢٠٧ : لأن الذمي ملتزم
أحكام الإسلام فيما يرجع إلى المعاملات فإنه من أهل دارنا .
- (٣) الحصاص ج ٢ ص ٤٣٦ .
- (٤) شرح السير الكبير ج ٣ ص ٣٠١ .
- (٥) شرح السير الكبير ج ٣ ص ٢٢٦ ، الكاساني ج ٦ ص ٨١ ، الهداية
ج ٨ ص ٤٨٨ .

عليه ما دام في دار الاسلام ^(١) ، فيلزمه فيها ما يلزم الذمي في جميع معاملاته مع الآخرين ^(٢) .

٤٦٣ — ولم يكتف الحنفية بذكر القاعدة العامة في أحكام معاملات الذمين والمستأمنين في دار الاسلام وانهم فيها كالمسلمين ، بل ذكروا هذه المساواة في أثناء كلامهم عن أنواع المعاملات المالية . من ذلك ما قالوه في باب الإجارة : ان اسلام العاقدین ليس بشرط أصلاً ، فتجوز الإجارة والاستئجار من المسلم والذمي والمستأمن ، لأن عقد الإجارة من عقود المعاوضات فيملكه المسلم والكافر جميعاً كالياعات ^(٣) .

وفي باب الشفعة ، صرحوا بأن اسلام الشفيع ليس بشرط لوجوب الشفعة فتجب لأهل الذمة فيما بينهم كما ثبت للذمي على المسلم ، لأنها حق التملك على المشتري بمنزلة الشراء منه ، والكافر والمسلم في ذلك سواء لأنه من الأمور الدنيوية . وقد قضى القاضي شريح بالشفعة للذمي على مسلم فكتب الى عمر رضي الله عنه فأجازه وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم فيكون إجماعاً ^(٤) .

وكذلك قالوا بوجوب الشفعة للمستأمن في دار الاسلام . فقد جاء في شرح السير الكبير للامام السرخسي : « واذا بيعت دار بجانب دار الحربي المستأمن في دارنا فله أن يأخذها بالشفعة لأنه ما دام في دار الاسلام بأمان فهو في المعاملات كالذمي » ^(٥) .

وفي باب البيوع صرحوا بأن اسلام البائع ليس بشرط لانعقاد

(١) الكاساني ج ٧ ص ٣٣٥ ، المبسوط ج ٢٣ ص ١٢١ .

(٢) الكاساني ج ٧ ص ١٣٣ .

(٣) الكاساني ج ٤ ص ١٧٥ .

(٤) الكاساني ج ٥ ص ١٦ ، تاريخ التشريع الاسلامي لاستاذنا محمد سلام مذكور ص ٣٢٣ .

(٥) شرح السير الكبير ج ٤ ص ١٩٢ .

البيع ولا لصحته فيجوز بيع الكافر وشراؤه ^(١) . وقالوا : كل ما جاز من بيع المسلمين جاز من بيع أهل الذمة ، وما يبطل أو يفسد من بيع المسلمين يبطل أو يفسد من بيعهم إلا الخمر والخنزير ^(٢) .
وفي باب المزارعة ، قالوا بجوازها حتى مع المستأمن ^(٣) . وفي باب المضاربة قالوا : لا يشترط اسلام المضارب أو رب المال ، فتصح المضاربة بين أهل الذمة كما تصح بين المسلم والذمي والمستأمن ^(٤) .
٤٦٤ — وغير الحنفية ذكروا في أثناء كلامهم عن أنواع المعاملات ما يدل على أن القاعدة العامة التي قال بها الحنفية يقولون هم بها أيضاً ، فمن ذلك :

ان الامام الشافعي قال : « وبطل بينهم (أي أهل الذمة) البيوع التي تبطل بين المسلمين كلها ، فإذا مضت واستهلك لم تبطلها وإنما تبطلها ما كانت قائمة » ^(٥) . وثبت عند الشافعي الشفعة لغير المسلم على المسلم ^(٦) . وصرح فقهاء الشافعية بعدم اشتراط الاسلام في البائع ، فيصح البيع عندهم من كل عاقل بالغ مختار ^(٧) .
ويفسر الشافعية معنى الصغار الوارد في قوله تعالى : « حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون » بأنه جريان حكم الاسلام عليهم في حقوق الآدميين والمعاملات والعقوبات ^(٨) . وهذا التفسير يدل

-
- (١) الكاساني ج ٥ ص ١٣٥ .
 - (٢) المرجع السابق ج ٥ ص ١٩٢ .
 - (٣) المبسوط ج ٢٣ ص ١٢١ .
 - (٤) الكاساني ج ٦ ص ٨١ .
 - (٥) الأم ج ٤ ص ١٣١ .
 - (٦) المرجع السابق ج ٤ ص ١٣٣ .
 - (٧) المهذب ج ١ ص ٢٥٥ .
 - (٨) الأم ج ٤ ص ٩٩ ، مختصر الزنى ج ٥ ص ١٩٢ ، المهذب ج ٢ ص ٢٧٠ ، فتح العزيز ج ١٦ ص ١١٦ : « والصغار في اصح الأقوال في التفسير عند الأصحاب التزام احكام الاسلام وجريان حكمه عليهم » .

بوضوح على أن القاعدة العامة التي يأخذ بها الشافعية ، في المعاملات بالنسبة لغير المسلمين ، هي القاعدة التي قال بها الأحناف .

والحنابلة قالوا في باب إحياء الموات ^(١) : ان الذمي يملك بإحياء كالمسلم ، وعللوا ذلك بأنه من أهل دار الاسلام فتجري عليه أحكامها ^(٢) . وفي باب البيع لم يشترطوا الاسلام في البائع ولا في المشتري ، إذا الشرط عندهم أن يكون العاقد حراً بالغاً رشيداً ^(٣) .

ونص الزيدية على صحة شركة الذمين فيما بينهم كصحتها بين المسلمين ^(٤) . وقال الشيعة الامامية لا يشترط في البائع أو المشتري الاسلام ^(٥) . وأجاز المالكية للذمي الإحياء فيما بعد عن العمران ، أما فيما قرب فقد قال بعضهم بالجواز أيضاً بإذن الامام ^(٦) .

ويخلص لنا من جميع ما تقدم أن القاعدة العامة في معاملات غير المسلمين في دار الاسلام ، على رأي فقهاء المسلمين ، هي انهم فيها كالمسلمين . ويدل على هذه القاعدة ، فضلاً عما ذكرناه ، اتفاق العلماء على أن الكفار مخاطبون بالمعاملات في أحكام الدنيا ، لأن المقصود من

(١) الأرض الموات هي التي لا مالك لها من الادميين ولا يستفاد بها احد ولم تكن قريبة من العمران على رأي بعض الفقهاء كأحمد وأبي يوسف . ولتملك الأرض الموات لابد من احيائها بما يتم به الإحياء . ويشترط بعض الفقهاء اذن الامام في الإحياء ، ولا يشترطه البعض الآخر : كتاب الفقه الاسلامي لاستاذنا محمد سلام مذكور ص ٢٣٩ وما بعدها .

(٢) المغني ج ٥ ص ٥١٥ - ٥١٦ ، شرح منتهى الإرادات ج ٢ ص ٤٢٩ .

(٣) كشف القناع ج ٢ ص ٦ .

(٤) البحر الرخار ج ٤ ص ٩١ .

(٥) سفينة النجاة ج ٢ ص ١٢٦ .

(٦) الحطاب ج ٦ ص ١٠ .

المعاملات مصالح الدنيا وهم محتاجون اليها كالمسلمين (١) .

لِمَجِّثِ الثَّانِي

مستثنيات القاعدة العامة

٤٦٥ - وإذا كانت القاعدة العامة هي أن الذميين والمستأمنين في المعاملات كالمسلمين في دار الاسلام ، إلا أن الفقهاء استثنوا منها بعض التصرفات ، وهذه المستثنيات ليست كلها محل اتفاق بين الفقهاء .
وأذكر فيما يلي هذه المستثنيات مع بيان رأيي فيها .

- (١) كتاب ارشاد الأمة الى احكام الحكم بين أهل الذمة للشيخ محمد بخيت المطيعي رحمه الله تعالى ص ١٤ ، شرح المنار ص ٢٥٤ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢١٠ ، كشف الأسرار على أصول الامام ابزدوي ج ٤ ص ١٣٦٢ : « ولهذا كان الكافر اهلاً لأحكام لا يراد بها وجه الله تعالى مثل المعاملات والعقوبات من الحدود والقصاص لأنه أهل لادائها اذ المطلوب من المعاملات مصالح الدنيا وهم اليق بأمور الدنيا من المسلمين لأنهم آثروا الدنيا على الآخرة ... » .
الوسيط في أصول الحنفية تأليف احمد فهمي أبو سنة ص ٢٥٣ - ٢٥٤ : « أجمع العلماء على أن الكفار مخاطبون بأحكام المعاملات والعقوبات من حيث اعتقاد أنها من عند الله ووجوب ادائها عليهم في الدنيا » . التشريع الاسلامي لغير المسلمين ص ١٩ : « اتفقوا ، أي العلماء ، على أنه - أي غير المسلم - في شؤون المعاملات والعقوبات كالمسلم لأن المقصود من المعاملات مثل البيع والشراء مصالح الدنيا ، والحاجة بالنسبة الى المعاملات موجودة عنده » .
المدخل الى مذهب الامام احمد بن حنبل ص ٥٨ : « والكفار مخاطبون بفروع الاسلام على أصح القولين » . الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٧٨ : لأن المذهب خطابهم - أي غير المسلمين - بفروع الشريعة . جواهر الكلام في فقه الشيعة الامامية ، المجلد المطبوع سنة ١٢٨٧ هـ : « والمذهب على اشتراكهم - أي الكفار - معنا في الفروع » . شرح النيل ج ٨ ص ٥٤٠ : « اذ الحق أنهم مخاطبون بفروع الشريعة ومنها حكم اللعان » .

٤٦٦ - أولا - يجوز لغير المسلمين ، بخلاف المسلمين ، التصرف في الخمر والخنزير في دار الاسلام ، وهذا ما صرح به الحنفية والزيدية .
لأنهم مقرون على أن تكون الخمر مالا لهم ، وكذا الخنزير ، إذ لو لم يجز تصرفهم فيهما والإتفاف بهما لما كانا متقومين في حقهم . وقد روي أن المسلمين كانوا يأخذون الخمر من أهل الذمة في العشور ، فكتب إليهم عمر رضي الله عنه : أن ولوهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها .
ولو لم يجز بيع الخمر منهم لما أمرهم بذلك . فالخمر والخنزير من الأموال المتقومة في حق غير المسلمين كالخل والشاة في حقنا ، كما يقول الحنفية ، فيجوز اتفاعهم بهما في حكم الشرع ^(١) . والمستأمن كالذمي في جواز التصرف في الخمر والخنزير ^(٢) . إلا أنه اذا باع غير المسلم من غير المسلم خمرأ أو خنزيراً ثم أسلما أو أسلم أحدهما قبل القبض فإن البيع يفسخ لحزمة البيع والشراء بإسلامهما ، فيحرم القبض والتسليم أيضاً . يدل على ذلك قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقي من الربا إن كنتم مؤمنين » والأمر بترك ما بقي من الربا نهي عن قبضه لحرمته في الاسلام ، فكذلك الخمر والخنزير لا يجوز فيهما القبض والتسليم لأنهما محرمان في حق المسلم ، واذا حرم القبض والتسليم لم يكن في بقاء العقد فائدة فيبطله القاضي . أما اذا كان إسلامهما أو أحدهما بعد القبض فإن البيع لا يفسخ ، لأن الملك قد ثبت على الكمال بالعقد والقبض في حال الكفر ، والذي يوجد بعد الاسلام هو دوام الملك ، والاسلام لا ينافيه ^(٣) .
من هذا ، يتبين أن استثناء غير المسلمين في جواز تصرفهم في الخمر

(١) الجصاص ج ٢ ص ٤٣٦ ، الكاساني ج ٥ ص ١٤٣ ، شرح الأزهار ج ٤ ص ٤٧٨ ، البحر الزخار ج ٣ ص ٣٠٩ .

(٢) شرح السير الكبير ج ٣ ص ٢٢٦ .

(٣) الكاساني ج ٥ ص ١٤٣ .

— ٥٥٣ —

والخزير ، مبناه رعاية إعتقادهم في حلها ، فلا تعلق لهذا الإستثناء
بأمر آخر •

٤٦٧ - ثانياً - عند الحنفية والزيدية الضمان على غاصب أو متلف
خمر غير المسلم أو خزيره ، لأنهما من الأموال المتقومة في حق الذمي
بخلاف المسلم ، وبهذا قال المالكية إذا لم يظهر الذمي الخمر والخزير •
وعند الحنابلة والشافعية لا ضمان على غاصبها أو متلفها سواء كان
الخمر والخزير لمسلم أو لغير مسلم ، وسواء كان الغاصب أو المتلف
مسلماً أو غير مسلم • ويعلمون ذلك بأن ما لم يكن مضموناً في حق
المسلم لا يكون مضموناً في حق غير المسلم ^(١) •

والراجح قول الحنفية ومن وافقهم ، لأن الخمر أو الخزير مال متقوم
في حق أهل الذمة فلا يجوز الاعتداء عليه ، وهو في حفظ وحماية الدولة
الاسلامية • ومن ضرورات الحفظ والحماية وعدم الاعتداء عليه ،
إيجاب الضمان على متلفه أو غاصبه وإلا لم يكن معنى للقول بعصمة
مال غير المسلم وحمايته في دار الاسلام •

٤٦٨ - ثالثاً - عند الحنفية ، إذا استأجر ذمي من ذمي أو من مسلم
داراً في مصر من أمصار المسلمين وشرط في العقد اتخاذها مصلى للعامة
حسب دياناته لم تجز الإجارة ، لأن هذا إستئجار على المعصية • أما لو
إستأجرها دون أن يشترط ذلك في العقد وأراد الذمي اتخاذها محلاً
للعبادة فالعقد صحيح ولرب الدار وعامة المسلمين أن يمنعوه من ذلك
عن طريق الحسبة لأن فيه إحداث شعائر لهم في دار الاسلام ، كما يمنع
من إحداث ذلك في دار نفسه ^(٢) •

(١) الكاساني ج ٥ ص ١٦ ، ١١٣ ، الكاساني ج ٦ ص ١٣٥ ، الام ج
٤ ص ١٣١ ، المغني ج ٥ ص ١٧٦ ، مغني المحتاج ج ٢ ص ٢٨٥ ،
البحر الزخار ج ٤ ص ١٧٤ - ١٧٥ ، الزرقاني على مختصر خليل
ج ٣ ص ١٤٦ •

(٢) الكاساني ج ٤ ص ١٧٥ •

— ٥٥٤ —

وعند الحنابلة لا تصح إجارة الدار لاتخاذها كنيسة أو بيت نار
لأن ذلك إعانة على المعصية ، سواء شرط ذلك في العقد أو لم يشرط
ما دامت القرائن تدل على أن هذا هو المقصود من الإجارة (١) .

والذي أراه أن الإجارة تجوز اذا كنت في محل يأذن فيه الامام
بإحداث الكنائس والبيع لغير المسلمين (٢) إذ في هذه الحالة يجوز
لمالك المأجور الذمي أو المستأمن أن يجعل ملكه محلاً للعبادة فأيجارها
لهذا الغرض يجوز كذلك . ولكن لا أرى جواز ذلك في حق المسلم ،
فليس له أن يؤجر ملكه لاتخاذ محل عبادة لغير المسلمين .

٤٦٩ - رابعاً - قال الحنابلة لا يجوز للذمي أن يستأجر مسلماً
ليخدمه ، لأن الاستخدام إستدلال ، فكان في إجارة المسلم نفسه من
الكافر إذلال لنفسه ، وليس للمسلم أن يذل نفسه . وعند الحنفية
يجوز مع الكراهة وهو قول الشافعي . ووجه الجواز أنه عقد معاوضة
فيجوز كالبيع . أما اذا استأجر الذمي مسلماً لعمل شيء كخياطة ثوب
فقد أجاز الفقهاء هذه الإجارة بغير خلاف ، فقد أجاز علي بن أبي طالب
رضي الله عنه نفسه من يهودي يستقي له ، وأخبر النبي صلى الله عليه
وسلم بذلك فلم ينكره ، ولأنه عقد معاوضة لا يتضمن إذلال المسلم
فأشبهه بمبايعته (٣) .

والذي أراه أن استئجار الذمي مسلماً للعمل والخدمة إجارة
صحيحة إلا اذا قضى العرف بامتهانها فينبغي أن يتعد عنها المسلم لأنه
لا ينبغي لمسلم أن يذل نفسه .

٤٧٠ - خامساً - قال الشافعية والحنابلة والشيعة الامامية لا يجوز

(١) كشف القناع ج ٢ ص ٢٩١ .

(٢) فقرة ٨٧ ص ٩٨ من هذه الرسالة .

(٣) المغني ج ٥ ص ٥٠٥ ، الام ج ٥ ص ٢٠٥ ، الكاساني ج ٤ ص
١٨٩ ، الخلاف للطوسي ج ٢ ص ٨٤ .

— ٥٥٥ —

للكافر أن يشتري مصحفاً خوفاً من ابتذاله والإستهانة به ، ويفسخ هذا الشراء • وعند المالكية يحرم بيع المصحف من الكافر ، إلا أن البيع صحيح على المشهور ويجبر الكافر المشتري على إخراجه عن ملكه بيع ونحوه • وذهب الظاهرية الى الجواز ، فيجوز لغير المسلم أن يشتري مصحفاً ، سواء كان البائع مسلماً أو غير مسلم لأنه بيع والله تعالى يقول « وأحل الله البيع وحرم الربا » • والذي يباع في الحقيقة هو الرق والقرطاس والمداد ، وهذه الأشياء يجوز بيعها ^(١) •

والراجح هو قول الظاهرية للآية التي احتجوا بها ، ولأن من سبل التبشير بدعوة الاسلام تيسير اطلاع غير المسلم على القرآن الكريم وإهدائه اليه ، إذ عسى أن يكون اطلاعه عليه سبباً الى إيمانه وهدايته •

٤٧١ - سادساً - عند الشافعية يكره للمسلم أن يشارك غير المسلم في المعاملات المالية لما روي عن ابن عباس أنه قال : « لا تشاركن يهودياً ولا نصرانياً ولا مجوسياً لأنهم يربون ، والربا لا يحل » ^(٢) • وقال الحنابلة تجوز المشاركة بشرط أن لا يخلو غير المسلم بالمال دون المسلم ، لأن غير المسلم يعمل بالربا ، فإذا تولى المسلم تصرفات الشركة بنفسه زال المحذور فتجوز الشركة ^(٣) •

وقول الحنابلة هو الراجح لأن المحذور الذي تخوف منه الشافعية يزول بما اشترطه الحنابلة •

٤٧٢ - سابعاً - عند الحنابلة والزيدية والشيعة الامامية والاباضية لا شفعة لكافر على مسلم ، وثبت للمسلم على الكافر • وعند مالك

(١) الام ج ٥ ص ٢٠٥ ، شرح منتهى الارادات ج ٢ ص ٥ ، سفينة النجاة ج ٢ ص ١٢٦ ، الشرح الصغير للدردير ج ٢ ص ٥ ، المحلى ج ٩ ص ٤٥ - ٤٧ •

(٢) الام ج ٥ ص ٢٠٥ ، المهذب ج ١ ص ٣٤٦ •

(٣) المغني ج ٥ ص ١ - ٢ •

والشافعي والحنفية تثبت الشفعة لغير المسلم على المسلم •
احتج أصحاب القول الأول بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم
أنه قال : « لا شفعة لنصراني » • وبأن الشفعة إنما تثبت للمسلم دفعاً
للضرر عن ملكه ، فقدم دفع ضرره على دفع ضرر المشتري ، ولا يلزم
أن يكون الذي في هذا كالمسلم ، لأن حق المسلم أرجح ورعايته أولى •
واحتج القائلون بالشفعة لغير المسلم على المسلم بعموم الأخبار
الواردة في ثبوت حق الشفعة للشفيع دون تفريق بين مسلم وغير مسلم ،
مثل قوله عليه الصلاة والسلام : « لا يحل له - أي المالك - أن يبيع
حتى يستأذن شريكه ، وإن باعه ولم يؤذنه فهو أحق به » • وبأن الشفعة
كالخيار الثابت لدفع الضرر بالشراء فاستوى فيه المسلم والكافر كالرد
بالبيع (١) •

والراجح ، عندي ، قول من أثبت الشفعة لغير المسلم على المسلم
لأن دفع الضرر عن غير المسلم واجب كما هو واجب في حق المسلم ،
لاحتياجه إليه كاحتياج المسلم الى ذلك • أما الحديث الذي احتجوا به
وهو « لا شفعة لنصراني » فلم يروه أصحاب الصحاح كالبخاري
ومسلم (٢) ، بخلاف الأخبار العامة القاضية بثبوت الشفعة للشفيع ،
ومنها الحديث الذي ذكرناه فقد رواه الامام مسلم في صحيحه كما رواه
غيره (٣) ، فهو أولى بالقبول من حديثهم • وأيضاً فإن الشفعة أمر
دنيوي وحق التملك على المشتري بمنزلة الشراء منه ، والمسلم وغير

(١) المغني ج ٥ ص ٣٥٧ - ٣٥٨ ، الخلاف للطوسي ج ٢ ص ١٩٢ ،
سفينة النجاة ج ٢ ص ٢٦ ، المختصر النافع ص ٢٥٩ ، الخطاب
ج ٥ ص ٣١٠ ، المواقي ج ٥ ص ٣١٠ ، شرح النيل ج ٣ ص
٦٥٥ - ٦٥٦ . فتح العزيز ج ٧ ص ٦ ، شرح الأزهار ج ٣
ص ٢٠٧ •

(٢) ولم يروه الامام أحمد في مسنده ، وإنما رواه ابن عدي والبيهقي كما
جاء في منتخب كنز العمال ج ٣ ص ٤٨ •

(٣) صحيح مسلم ج ٧ ص ٤٧ ، سنن أبي داود ج ٥ ص ١٦٦ ، سنن
النسائي ج ٧ ص ٣٠١ •

المسلم في ذلك سواء ، ألا يرى أن المسلم يشتري من غير المسلم وبالعكس (١) .

٤٧٢ - ثامناً - عند الشافعية والزيدية والشيعة الامامية لا يملك الذمي الأرض الميتة بالإحياء ولو أذن له الامام ، فلو أحيا ذمي أرضاً نزعته منه . وقال بعض الشيعة الامامية اذا أذن الامام للذمي بالإحياء ففي تملكه قولان . إلا أن الطوسي ، من أئمة الشيعة ، ذكر في كتابه الخلاف أن الذمي يملك بالإحياء اذا أذن له الامام ، ولم يذكر فيما قاله خلافاً عند الشيعة .

وعند الحنابلة يملك الذمي الأرض الموات بالإحياء محتجين بعموم قول النبي صلى الله عليه وسلم « من أحيا أرضاً ميتة فهي له » . وبأن التملك عن طريق إحياء الموات سبب من أسباب الملك فيستوي فيه المسلم والذمي كسائر أسباب الملك الأخرى . ومذهب الحنفية كمذهب الحنابلة (٢) .

والذي يترجح عندي أن الذمي كالمسلم في إحياء موات الأرض لما قاله الحنابلة فلا مبرر لاستثناء الذمي في هذه المسألة . وما احتج به الزيدية لمذهبهم ، وهو قوله صلى الله عليه وسلم في أرض الموات : « هي لله وللرسول ثم هي لكم من بعدي » (٣) لا حجة لهم فيه لأن الخطاب توجه الى المسلمين لأنهم هم الذين كانوا في حضرته صلى الله

(١) الفقه الاسلامي لاستاذنا محمد سلام مذكور ص ٢٥٢ .
(٢) مغني المحتاج ج ٢ ص ٢٦٢ ، المهذب ج ١ ص ٤٢٩ ، جواهر الكلام من المجلد المطبوع سنة ١٢٨٧ هـ ، في باب احياء الموات ، فتح العزيز ج ٧ ص ١٥٧ ، شرح الزهراء ج ٣ ص ٣١٩ ، الكاساني ج ٦ ص ١٩٢ ، المغني ج ٥ ص ٥١٥ - ٥١٦ ، الخلاف للطوسي ج ٢ ص ٢٢٢ . وعند المالكية يملك الذمي بالاحياء فيما بعد لا فيما قرب من العمران : الخطاب ج ٥ ص ١٠ ، المواق ج ٦ ص ١٢ .
(٣) شرح الزهراء ج ٣ ص ٣١٩ .

عليه وسلم فلا يمنع أن يدخل في هذا الحكم غير المسلمين •

٤٧٤ - تاسعاً - الوكالة : الوكالة بين المسلم وغير المسلم جائزة • وهذا ما نص عليه الحنابلة والحنفية والزيدية ، لأن كل من صح تصرفه في شيء بنفسه وكان مما تدخله النيابة صح أن يوكل فيه رجلاً أو امرأة ، مسلماً كان أو كافراً • وكل من يملك التصرف في شيء لنفسه يصح أن يتوكل فيه لغيره ، ومن لا فلا • وهذه هي القاعدة عند الحنابلة والزيدية • وعلى ضوءها قالوا لا يصح أن يوكل المسلم كافراً في قبول النكاح له من مسلمة ، لأن الذمي لا يملك عقد هذا النكاح لنفسه • والشافعية منعوا هذا التوكيل أيضاً بحجة أن النكاح لا يخلو من شائبة العبادة فلا يوكل فيه غير المسلم • أما الحنفية فالشرط عندهم لصحة الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك فعل ما وكل به ، وأن يكون الوكيل عاقلاً مسلماً كان أو غير مسلم • وعلى هذا قالوا بصحة توكيل المسلم غير المسلم في قبول النكاح له من مسلمة ، وإن كان الذمي لا يملك التزوج بمسلمة • ويقول الحنفية قال المالكية فعندهم تصح هذه الوكالة (١) • والذي يترجح عندي هو أن المسلم له أن يوكل الذمي في قبول نكاح المسلمة له وإن كان الذمي لا يملك نكاحها ، ويضرب الامام ابن تيمية المثل بتوكيل خال المرأة في قبول نكاحها للموكل ، فيقول : « يجوز توكله في قبول نكاحها للموكل وإن كان لا يجوز له تزوجها ، كذلك الذمي إذا توكل في نكاح مسلم وإن كان لا يجوز له تزوج المسلمة » (٢) •

(١) المغني ج ٥ ص ٧٩ - ٨٠ ، و ص ١١٦ : وإن وكل مسلم كافراً فيما يصح تصرفه فيه صح توكيله سواء كان ذمياً أو مستأناً • شرح الأزهاري ج ٤ ص ٢٤٦ ، البحر الزخار ج ٥ ص ٥٧ - ٥٨ ، الكاساني ج ٦ ص ٢٠ - ٢٢ ، شرح الكنز للزيلعي وحاشية الشلبي ج ٤ ص ٢٥٤ - ٢٥٥ ، الزرقاني على مختصر خليل ج ٣ ص ١٨٢ ، البهجة في شرح التحفة للتسولي المالكي ج ١ ص ١٩٠ ، الفقه الإسلامي لاستاذنا محمد سلام مذكور ص ٤٧٦ - ٤٧٧ •

(٢) الفتاوى لابن تيمية ج ٤ ص ٨٨ •

{٧٥} - عاشرًا - ذهب الظاهرية الى بطلان البيع وقت النداء لصلاة الجمعة ، فلا يحل مباشرة البيع في هذا الوقت لا من مسلم ولا من كافر ، وكل بيع وقع في هذا الوقت فهو مفسوخ . وقال غير الظاهرية بجواز هذا البيع مع الكراهة . احتج الظاهرية بقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا اذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا الى ذكر الله وذروا البيع » . واحتجوا لسريان هذا الحكم على غير المسلمين بقوله تعالى : « وان احكم بينهم بما أنزل الله » (١) .

المنع من البيع وقت النداء لصلاة الجمعة حتى لو كان يفيد الحرمة وبطلان البيع على رأي الظاهرية فإن هذا الحكم لا ينطبق على بيوع غير المسلمين في هذا الوقت ، لأن صلاة الجمعة لا تجب على غير المسلم كما هو معلوم ، وعلة الحكم بمنع البيع في وقت النداء هو لئلا يشغل المسلم بالبيع فتفوته صلاة الجمعة ، وهذا المعنى لا يوجد بالنسبة لغير المسلم .

الفصل الثاني

حكم معاملاتهم المالية في دار الحرب

٤٧٦ - ذكرنا أن القاعدة العامة في المعاملات المالية بالنسبة لغير المسلمين في دار الاسلام هي انهم فيها كالمسلمين . وقد حصل اختلاف بين الفقهاء في حكم المعاملات في دار الحرب يجريها مسلم أو ذمي مع حربي ، أو يجريها حربي مع حربي ثم يأتي الحربي إلينا مستأمناً ، ويرجع المسلم أو الذمي الى دار الاسلام . فهل يترتب على هذه المعاملات أثرها بالنسبة الى أطراف العلاقة كما لو أجريت هذه المعاملة في دار الاسلام أم لا ؟

٤٧٧ - الأصل عند الحنفية أن المعاملات المالية ، كالتصرفات القولية التي تقع في دار الحرب بين مسلم أو ذمي وبين حربي ، لا يترتب عليها أثرها . فلو أقرض مسلم أو ذمي حريباً أو أقرض حربي مسلماً أو ذمياً ثم رجع المسلم أو الذمي الى دار الاسلام ، وخرج الحربي إلينا مستأمناً ، فإن القاضي المسلم لا يقضي لأحدهما على الآخر بالدين . وكذلك الحكم في التصرفات الفعلية التي يترتب عليها أثر مالي كالغصب والإتلاف . فلو غصب مسلم أو ذمي من حربي مالاً أو بالعكس ثم خرجوا الى دار الاسلام فإن القاضي المسلم لا يقضي بالضمان لأحدهم على الآخر .

والحجة لهذا الرأي أن التصرف في دار الحرب وقع غير مستوجب أثره لانعدام ولايتنا عليهم وانعدام ولايتهم علينا ، ولأن هذا التصرف صادف مالاً غير مضمون فلا يترتب عليه حق أو دين لأحدهم على الآخر ، لأن الأصل أن مال أهل دار الحرب مباح لأهل دار الاسلام

- ٥٦١ -

وبالعكس ، وإنما التزم المسلم والذمي بالأمان الامتناع عن أذى
الحريين والتجاوز على حقوقهم مدة بقائهما في دار الحرب ، كما التزم
أهل دار الحرب أيضاً كف أذاهم عن دخل اليهم بأمان من أهل دار
الاسلام . فإذا غصب المسلم أو الذمي مالا لحربي أو بالعكس فإن
الغاصب يكون قد وضع يده على مال مباح إلا أن فعله يعتبر غدرًا منه
وحنثًا بعهده اذ لم يرع حق الأمان ، ولكن الغدر أو الحنث بالعهد
وان كان مذموماً فليس هو في ذاته سبباً لتحريم المال المباح وإيجاب
الضمان على آخذه . وكذلك الحكم عند الحنفية اذا جرت المعاملة بين
حريين في دار الحرب ثم خرجا الى دار الاسلام مستأمنين ، فإن القاضي
لا يقضي لأحدهما بشيء على الآخر . فلو أقرض حربي حريباً في دار
الحرب ثم خرجا إلينا مستأمنين فإن القاضي المسلم لا يقضي للدائن
بالدين على صاحبه لانعدام ولايتنا عليهم وقت المعاملة فلم تقع معاملتهم
مستوجبة الحكم الذي يترتب عليها لو كانت قد وقعت في دار الاسلام .
أما اذا كان سبب الدين قد انعقد بين مسلم أو ذمي وبين مسلم ، أو بين
ذمي وذمي ، دخلوا دار الحرب بأمان ثم رجعوا الى دار الاسلام ، فإن
القاضي المسلم في هذه الحالة يقضي بالدين لصاحبه على الآخر ، لأن
مال المسلم والذمي معصوم في حق الآخر ، لأنهما من أهل دار الاسلام
حكماً وإن كانا في دار الحرب حقيقة ، واذا تعذر الحكم بالدين لصاحبه
على المدين به في دار الحرب فإنه لا يتعذر في دار الاسلام لثبوت
الولاية الكاملة عليهما وقت التقاضي (١) .

٤٧٨ - والأصل عند الشافعية والزيدية والشيعة الامامية والحنابلة
أن المعاملات في دار الحرب معتبرة ويقضى بموجبها في دار الاسلام سواء
كانت بين حريين ، أو بين حربي ومسلم أو ذمي ، أو كانت بين من هم
من أهل دار الاسلام ، من مسلمين أو ذميين دخلوا دار الحرب بأمان .

(١) الكاساني ج ٧ ص ١٣٢ - ١٣٣ .

والحجة لهذا الرأي أن المعاملة اذا جرت بين مسلم أو ذمي وبين حربي ، كمعاملة قرض مثلاً ، فإن الأمان يقضي بلزوم الوفاء بمقتضى هذه المعاملة وبضمان المال بالنسبة للطرفين ، ولو جبراً عن طريق القضاء • لأن مقتضى الأمان رعاية حق الآخر وعدم الاعتداء عليه • بل ان الحنابلة وكذا الزيدية ذهبوا الى مدى بعيد في لزوم الوفاء بالالتزامات التي تقع بين أهل دار الاسلام وبين أهل دار الحرب في دار الحرب ، فعندهم أن الأسير المسلم اذا أطلق الكفار سراخه واستحلفوه أو اشترطوا عليه أن يبعث اليهم بفدائه أو يعود اليهم ولم يكرهوه على هذا الالتزام ثم قدر على الفداء الذي ألزمه أو على المال الذي اشترطه على نفسه لزمه الأداء • واحتج الحنابلة بقوله تعالى : « وأوفوا بعهد الله اذا عاهدتم » ، وبأن النبي صلى الله عليه وسلم لما عقد صلح الحديبية مع أهل مكة وكان من شروط ذلك العقد أن يرد النبي صلى الله عليه وسلم من يأتيه من أهل مكة مسلماً ، وفي لهم النبي صلى الله عليه وسلم بهذا الشرط وقال : « إنا لا يصلح في ديننا الغدر » ، ولأن المسلم الأسير لما عاهدهم على أداء مال لزمه الوفاء به كما يلزمه ثمن المبيع بموجب عقد البيع • أما اذا عجز الأسير عن الفداء فإن في رجوعه اليهم وتسليم نفسه اليهم روايتين في المذهب الحنبلي •

واذا كانت المعاملة بين حربي وحربي فكذلك الحكم ، أي يترتب على المعاملة أثرها ويلزم حكمها الطرفين ، ويقضي بموجبها القاضي المسلم اذا خرجا الى دار الاسلام مسلمين أو ذميين أو مستأمنين ، لأن أحدهما لم يبذل ماله لصاحبه إلا على سبيل المعاوضة وأخذ البذل ، فلا بد أن يستحق هذا البذل من صاحبه ولو جبراً عن طريق القضاء •

واذا كانت المعاملة بين من هو من أهل دار الاسلام وبين آخر من أهل دار الاسلام أيضاً دخلاً دار الحرب بأمان ، فإن المعاملة معتبرة

أيضاً ويترتب عليها أثرها ويقضى بموجبها ، وهذا هو مقتضى قول الشافعية والحنابلة ومن وافقهم وان لم يصرحوا بذلك ، لأنه اذا كان الوفاء واجباً على المسلم نحو الحربي بموجب معاملة يجريها معه في دار الحرب ، فمن الأولى وجوب الوفاء على من هو من أهل دار الاسلام نحو من هو من أهل دار الاسلام بموجب معاملة يجريها معه في دار الحرب . ويمكن الاحتجاج أيضاً لهذا الذي أقوله بأن حكم الاسلام يتبع من هو من أهل دار الاسلام أينما كان فيبقى ماله معصوماً في حق من هو من أهل دار الاسلام ، ولا يجوز التجاوز عليه من قبله . وكون المعاملة جرت في دار الحرب لا ينفي لزوم الوفاء بدين أحدهما على الآخر بموجب تلك المعاملة (١) .

٤٧٩ — والراجع عندي هو قول الحنابلة ومن وافقهم نظراً لما احتجوا به . ولأن حجة الحنفية يمكن أن تعارض بالقول بأن مال المسلم أو الذمي معصوم في حق الحربي بسبب الأمان ، وكذا مال الحربي معصوم بالنسبة للمسلم أو الذمي بمقتضى الأمان أيضاً . وولاية دار الاسلام وان لم تكن ثابتة فعلاً وقت إيقاع المعاملة في دار الحرب إلا أنها تثبت فعلاً في دار الاسلام وعند تقاضي الخصوم أمام القاضي المسلم

(١) المغني ج ٨ ص ٥٨ ، ٤٨٢ ، ٤٨٣ ، المهذب ج ٢ ص ٢٨١ ، الخلاف للطوسي ج ٣ ص ٢٣٣ : « اذا دخل مسلم دار الحرب بأمان فسرق منهم شيئاً أو استقرض من حربي مالا وعاد اليها فدخل صاحب المال بأمان كان له عليه رده . دليلنا قوله تعالى : « ان الله يأمركم ان تؤدوا الامانات الى أهلها » وهذا دخل بأمان . ولأن استحلال مال الغير يحتاج الى دليل مثبت وليس في الشرع ما يدل على ذلك » . فتح العزيز ج ١٦ ص ١١١ . « دخل مسلم دار الحرب بأمان فاستقرض منهم شيئاً أو سرق وعاد الى دار الاسلام بأمان فعلى المسلم رد ما استقرض أو سرق ، لأنه ليس له التعرض للمال اذا دخل بأمان » . البحر الزخار ج ٥ ص ٤٠٨ : « واذا اطلق المشركون اسيراً مسلماً على ان يقف معهم . . . وان شرط لهم مالا يدفعه اليهم من دار الاسلام فوجهان : أحدهما يلزمه الوفاء لقوله تعالى : أوفوا بالعقود » . وفي ص ٤٠٩ منه : « وعلى المسلم ان يقضى ما استقرضه من دار الحرب اذا أخذه بعقد معاملة ، ومعاملة المسلمين لهم صحيحة » .

— ٥٦٤ —

بسبب معاملاتهم في دار الحرب •

٤٨٠ - ما عليه العمل الآن :

المقرر في الوقت الحاضر ، في العربية المتحدة وفي العراق ، كما هو الشأن في الدول الحديثة ، ان العلاقات القانونية الأجنبية في أحد عناصرها على الأقل (١) ، يترتب عليها أثرها القانوني طبقاً للقانون الواجب التطبيق الذي يحكمها • وعلى هذا فالمعاملات التي يجريها رعايا الجمهورية العربية المتحدة أو العراق أو الأجانب خارج إقليم الدولة تخضع للقانون الذي تدل عليه قواعد الإسناد العربية أو العراقية ، ويطبقه القاضي العربي أو العراقي اذا ما انعقد له الاختصاص في نظر الدعوى •

وقد نظم القانون المدني في العربية المتحدة قواعد تنازع القوانين في هذه العلاقات ذات العنصر الأجنبي في المواد من ١٠ - ٢٨ فذكر فيها طائفة من هذه القواعد التي تدل على القانون الواجب التطبيق في هذه العلاقات القانونية • وكذلك نص القانون المدني العراقي في المواد من ١٧ - ٣٣ على طائفة من قواعد الإسناد لتدل على القانون الواجب التطبيق في العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي ، كالمعاملات التي يجريها العراقيون في الخارج فيما بينهم أو مع الأجانب (٢) •

(١) عناصر العلاقة القانونية هي : السبب المنشئ ، واطراف العلاقة ، وموضوعها • ويتعين السبب المنشئ بالزمان والمكان ، ولهذا التعيين أهمية في تحديد القانون الذي يحكم الرابطة القانونية : المدخل للقانون الخاص لاستاذنا الدكتور عبد المنعم البدر اوي ص ٤٩ •

(٢) نصت المادة ١٤ من القانون المدني العراقي على انه : « يقاضى العراقي أمام محاكم العراق عما تترتب في ذمته من حقوق حتى ما نشأ منها في الخارج » •

ونصت المادة ١٥ منه أيضاً على انه : « يقاضى الأجنبي أمام محاكم العراق في الأحوال الآتية :

أ - اذا وجد في العراق •

ب - اذا كانت المقاضاة في حق متعلق بمقدار موجود في العراق أو بمنقول موجود فيه وقت رفع الدعوى •

ج - اذا كان موضوع التقاضي عقداً تم إبرامه في العراق أو كان واجب التنفيذ فيه أو كان التقاضي عن حادثة وقعت في العراق •

— ٥٦٥ —

ومن هذا كله يتضح ان القانون في العربية المتحدة وفي العراق
لم يأخذ بالرأي الحنفي في عدم اعتبار المعاملات في دار الحرب •
وفي العربية السعودية ، حيث يطبق المذهب الحنبلي ، تعتبر
المعاملات في دار الحرب قانونية ويترتب عليها أثرها ، كالتى يجريها
سعودي في الخارج ، وتقضي فيها محاكم هذه البلاد بموجب القانون
الواجب التطبيق وهو الشريعة الاسلامية طبقاً للفقهاء الحنبلي •

الباب الثالث

خُصُوعُ الذَمِّيِّينَ وَالْمُسْتَأْمِنِينَ لَوْلَايَةِ الْقَضَاءِ الْعَامَّةِ

تمهيد :

٤٨١ - القضاء في الشرع قول ملزم يصدر عن ولاية عامة (١)
أو هو فصل الخصومات وقطع المنازعات (٢) . ومكاته في الاسلام
عظيمة ، حتى قال الفقهاء : القضاء بالحق من أقوى الفرائض وأشرف
العبادات بعد الإيمان بالله تعالى (٣) . وقرروا ان نصب القاضي فرض
لأنه ينصب لاقامة أمر مفروض وهو القضاء بين الناس ، قال تعالى :
« يا داود إنا جعلناك خليفة في الأرض فاحكم بين الناس بالحق ولا تتبع
الهوى فيضلك عن سبيل الله » . وقال تعالى لنبيه محمد صلى الله عليه

(١) الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٣٠٦ . والولاية قد تكون قاصرة وهي
ولاية الشخص على نفسه ما دام أهلاً للتعاقد ، وقد تكون متعديّة
وهي ولاية الشخص على غيره . وهذه الولاية المتعدية قد تكون
مستمدة من الشارع ابتداءً بناء على أمر عارض جعله علة لثبوتها
كولاية الأب والجد الصحيح على الصغير ، وقد تكون مستمدة من
الغير ، وهذه الولاية المستمدة من الغير قد تكون عامة كولاية الخليفة
على المسلمين وما تفرع عنها من الولايات العامة كولاية القضاء ، فان
ولاية الخليفة مستمدة من المسلمين بسبب بيعتهم له ، وقد تكون
خاصة كولاية الوصي والوكيل : النيابة عن الغير في التصرف لاستاذنا
الشيخ علي الخفيف ص ٤ - ٥ ، والفقهاء الاسلامي لاستاذنا محمد
سلام مذكور ص ٤٦٧ - ٤٦٨ .

(٢) الدر المختار ج ٤ ص ٤١١ .

(٣) شرح العناية ج ٥ ص ٥٣ .

وسلم : « فاحكم بينهم بما أنزل الله » ^(١) . ومما يؤيد ان نصب القاضي فرض هو أن نصب الخليفة فرض على الأمة بلا خلاف لاجماع الصحابة على ذلك ، وللحاجة اليه لتنفيذ الأحكام وإنصاف المظلوم من الظالم وقطع المنازعات وغير ذلك من المصالح العامة التي لا تقوم إلا بالامام . والامام « الخليفة » لا يمكنه القيام بما نصب له بنفسه ، فيحتاج الى نائب يقوم مقامه في ذلك وهو القاضي . ولهذا كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يبعث الى الآفاق قضاة ، فبعث معاذ بن جبل الى اليمن وبعث عتاب بن أسيد الى مكة ، فضلا عن أنه صلى الله عليه وسلم حكم بين الناس بنفسه . وكذلك فعل الخلفاء الراشدون ، حكموا بأنفسهم وقلدوا غيرهم القضاء ، فعمر بن الخطاب رضي الله عنه بعث أبا موسى الأشعري الى البصرة قاضياً ، وبعث عبدالله بن مسعود الى الكوفة قاضياً . ومن هذا كله يتبين لنا عظيم منزلة القضاء في الاسلام وانه كما قالوا : فريضة محكمة وسنة متبعة ، ولكنه فرض على الكفاية ^(٢) .

وسأتكلم في هذا الباب عن مدى ولاية القضاء العامة في دار الاسلام على الذميين والمستأمنين في علاقاتهم مع الأفراد ، وعن القانون الواجب التطبيق في قضاياهم . ثم أبين حكم ولايتهم على قضاياهم

(١) الآية الأولى في سورة (ص) ج ٢٣ ، الآية ٢٦ ، والآية الثانية في سورة المائدة ج ٦ ، الآية ٤٨ . ويلاحظ هنا ان الفرض عند الحنفية غير الواجب ، فالأول ما طلبه الشارع جزءاً وكان دليلاً قطعياً في الثبوت والدلالة مثل ثبوت الصلاة ولزومها على المكلف فقد ثبت ذلك بدليل قطعي . والواجب ما كان دليل طلبه جزءاً دليلاً ظنياً كقراءة الفاتحة في الصلاة الثابتة بقول الرسول صلى الله عليه وسلم : « لا صلاة لمن لم يقرأ الفاتحة » . أما غير الأحناف فلا فرق عندهم بين الفرض والواجب فهما مترادفان ويطلقان على كل حكم اقتضائي أمر على سبيل الجزم : مباحث الحكم عند الأصوليين لاستاذنا محمد سلام مذكور ص ٦٤ .

(٢) المغني ج ٩ ص ٣٤ ، المهذب ج ٢ ص ٣٠٧ ، الكاساني ج ٧ ص ٢ ، الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٣٠٦ .

— ٥٦٨ —

الخاصة ، ثم أختتم هذا الباب ببيان المطبق بالنسبة لقضاياهم في الوقت الحاضر • وعلى هذا اقسام هذا الباب الى ثلاثة فصول على النحو التالي :

الفصل الأول — ولاية القضاء العامة عليهم والقانون الواجب التطبيق في قضاياهم •

الفصل الثاني — حكم ولايتهم على قضاياهم الخاصة •

الفصل الثالث — المطبق بالنسبة لقضاياهم في الوقت الحاضر •

الفصل الأول

ولاية القضاء العامة عليهم وَالْقَانُونُ الْوَاجِبُ الطَّبِيقُ فِي قَضَائِيَاهُمْ

لِبَيِّنَاتِ الْأَوَّلِ

ولاية القضاء العامة عليهم

٤٨٢ - أولا - مذهب الشافعية :

أ - إذا كان أحد طرفي الدعوى مسلماً ، وجب على القاضي الحكم بينهما سواء كان الطرف الثاني ذمياً أو مستأثراً ، وسواء كان موضوع الدعوى فكاحاً أو غيره ، وسواء ترفعاً أو ترفع أحدهما ، وسواء كان المسلم مدعياً أو مدعى عليه ، لأن على القاضي دفع كل واحد منهما عن ظلم الآخر (١) .

ب - إذا كان طرفا الدعوى ذميين واتفقت ملتهما ، فالقول الأظهر في المذهب وجوب الحكم بينهما لقوله تعالى : « وأن أحكم بينهم بما أنزل الله » ولأنه يجب على الحاكم المسلم منع الظلم عن أهل الذمة . والذمي والمعاهد كالذميين . أما إذا كانا مختلفين في الملة فالحكم يجب بينهما جزماً كما قال صاحب مغني المحتاج . وهذا كله سواء كان موضوع الدعوى فكاحاً أو غيره ، وسواء ترفعاً إلينا أو أحدهما (٢) .

(١) الام ج ٢ ص ٢٩٣ ، المهذب ج ٢ ص ٢٧٣ ، فتح العزيز ج ١٠ ص ١١٦ ، مغني المحتاج ج ٣ ص ١٩٥ .

(٢) الام ج ٣ ص ٢٩٣ ، و ج ٤ ص ١٣٠ ، و ج ٥ ص ١٩١ ، فتح العزيز ج ١٠ ص ١١٦ ، مغني المحتاج ج ٣ ص ١٩٥ ، تفسير الرازي ج ١١ ص ٢٣٥ . وآية « وأن أحكم بينهم بما أنزل الله » في سورة المائدة ج ٦ الآية ٤٩ .

— ٥٧٠ —

ج - اذا كان طرفا الدعوى مستأمنين ، فيشترط لجواز الحكم بينهما ترافعهما ورضاهما بحكمنا • فإذا ما ترافعا الى القاضي راضيين بحكمه ، فحاكم المسلمين مخيّر بين الحكم بينهما وبين الإعراض عنهما • والحجة لهذا القول ، قوله تعالى ز « فَإِنْ جَاؤُكَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرَضْ عَنْهُمْ » فهذه الآية الكريمة خاصة بالمعاهدين الذين لهم مع المسلمين عهد الى مدة فلا تشملهم الآية الكريمة « وَأَنْ احْكُم بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ » التي أفادت وجوب الحكم ، إذ أنها خاصة بأهل الذمة ^(١) .

٤٨٣ - ثانياً - مذهب الحنابلة والمالكية والشيعة الامامية :

وعند هؤلاء يشترط رضا المدعي والمدعى عليه المستأمنين برفع الدعوى الى الحاكم المسلم للحكم بينهما • وعند الحنابلة ، يكفي بالنسبة الى أهل الذمة رفع أحدهما دعواه الى القاضي والطلب منه الحكم له على خصمه الذمي • أما المالكية والشيعة الامامية فقد اشترطوا أيضاً رضا الخصمين الذميين في الترافع الى الحاكم المسلم • فإذا تم شرط الترافع ، فالحاكم المسلم مخيّر بين الحكم وعدمه ولا يلزمه الحكم بينهما لقوله تعالى : « فَإِنْ جَاؤُكَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرَضْ عَنْهُمْ » • واذا كان أحد طرفي الدعوى مسلماً وجب الحكم بين الخصمين لانصاف المسلم من غيره أو رده عن ظلمه إن كان هو المعتدي • وهذا كله سواء آكان موضوع الدعوى نكاحاً أم غير ^(٢) .

(١) احكام القرآن للشافعي ج ٢ ص ٧٦ - ٧٩ ، تفسير الرازي ج ١١ ص ٢٣٥ ، الام ج ٥ ص ١٩١ ، مختصر المزني ج ٥ ص ٢٠٣ - ٢٠٤ ، المهذب ج ٢ ص ٢٧٢ ، فتح العزيز ج ١٠ ص ١١٦ ، مغني المحتاج ج ٣ ص ١٩٥ .

(٢) الآية « فان جاؤك ... الخ » وردت في سورة المائدة ج ٤ ، الآية ٤٢ . المغني ج ٨ ص ٥٣٥ ، كشف القناع ج ١ ص ٧٣١ ، شرح منتهى الارادات ج ١ ص ٧٤٣ . المدونة الكبرى ج ٤ ص ١٦١ ، تفسير القرطبي ج ٦ ص ١٨٤ ارشاد الأمة الى احكام الحكم بين أهل الذمة ❦

٤٨٤ - ثالثاً - مذهب الظاهرية والزيدية :

قال الظاهرية يجب على الحاكم المسلم أن يحكم بين غير المسلمين سواء رضي الخصمان بالتراجع الى الحاكم المسلم أو أحدهما ، لقوله تعالى : « وأن احكم بينهم بما أنزل الله » الناسخ لآية « فإن جاؤك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم » . والظاهر أن قول الظاهرية هذا ينصرف الى الذميين والمستأمنين بلا تفريق بينهما ^(١) . والزيدية صرحوا بوجوب الحكم بين أهل الذمة دون اشتراط رضا الخصمين بالتراجع الى الحاكم المسلم بل يكفي عندهم رفع أحدهما دعواه الى الحاكم للحكم بينهما ^(٢) . ولم يذكر الزيدية المستأمنين ، فالظاهر انهم مثل الذميين

للشيخ المرحوم محمد بخيت المطيعي ص ٢٠ ، مجمع البيان في تفسير القرآن للطبرسي ج ٦ ص ١٠٠ ، التبيان في تفسير القرآن للسيد أبو القاسم الموسوي ج ١ ص ٢٣٧ ، الخلاف للطوسي ج ٢ ص ٣٩٢ ، جواهر الكلام من المجلد المطبوع سنة ١٢٧٢ هـ : « أو تحكم بيننا ذميان مثلاً كان الحاكم مخيراً بين الحكم عليهما بحكم الاسلام لقوله تعالى : « وإن حكمت فاحكم بينهم بالقسط » وقوله تعالى . « وأن احكم بينهم بما أنزل الله » وبين الأعراض عنهم بلا خلاف أجده فيه بيننا لقوله تعالى « فإن جاؤك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم » . وخبر أبي بصير عن أبي جعفر أن الحاكم إذا اتاه أهل التوراة وأهل الانجيل يتحاكمون اليه كان ذلك اليه ان شاء حكم بينهم وان شاء تركهم . وإذا ترفع اليها حربيان مستأمنان من غير أهل الذمة لا يجب على الحاكم الحكم بينهم اجماعاً لأنه لا يجب على الإمام دفع بعضهم عن بعض بخلاف أهل الذمة ، ولأن أهل الذمة أكد حرمة منهم فانهم يسكنون دار الاسلام على التأبيد . ولو ترفع ذمي مع مسلم أو مستأمن مع مسلم وجب على الحاكم أن يحكم بينهم بما أنزل الله لقوله تعالى : « وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم » وغيره من العمومات الدالة على ذلك وعلى وجوب دفع الظلم والأمر بالمعروف والحكم بالعدل » .

(١) المحلى ج ٩ ص ٤٢٥ : « ويحكم على اليهود والنصارى والمجوس بحكم أهل الاسلام في كل شيء ، رضوا أم سخطوا ، اتونا أو لم يأتونا ، ولا يحل ردهم الى حكم دينهم ولا الى حكاهم أصلاً » . وقال المخالفون قال الله تعالى : « فإن جاؤك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم » فقلنا هذه منسوخة ، نسخها قوله تعالى : « وأن احكم بينهم بما أنزل الله » .

(٢) شرح الأزهاري ج ٢ ص ٢٦٨ ، وهامش ٦ من نفس الصحيفة .

كما هي القاعدة العامة .

٤٨٥ - رابعاً - مذهب الحنفية :

أ - في غير دعوى النكاح ، يستوي الكفار مع المسلمين في خضوعهم لولاية القضاء العامة ، فلا يشترط ترفع الخصمين الى القاضي المسلم بل يكفي أن يرفع أحدهما دعواه الى الحاكم فيحكم فيما عرض عليه من نزاع ^(١) . والحجة لوجوب الحكم هو أن الآية الكريمة « وأن احكم بينهم بما أنزل الله » نسخت « فإن جاؤك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم » ^(٢) .

ب - أما في دعوى النكاح ، فأبو حنيفة يشترط للحكم بين الخصمين رضاهما بالتراجع الى القاضي المسلم . أما أصحابه : أبو يوسف ومحمد وزفر ، فانهم لا يشترطون رضا الخصمين في التراجع الى القاضي المسلم بل يكفي أن يرفع أحدهما الدعوى الى القاضي فيجب الحكم بينهما ^(٣) . وحجتهم هي أنه لما رفع أحدهما دعوى النكاح الى القاضي فقد رضي بحكم الاسلام فيلزم إجراء الحكم في حقه فيتعدى الى الآخر كما إذا أسلم أحدهما . وحجة أبي حنيفة هي أن الكفار مقرون على أنكتهم ولا يجوز التعرض لهم بشأنها فإذا رفع أحد الخصمين فإن الآخر الذي لم يرفع قد استحق باعتقاده وعدم رضاه بحكمنا بقاء النكاح وعدم التعرض له ، واستحقاقه بقاء النكاح وعدم التعرض له لا يبطل بمرافعة الآخر ، اذ لا يتغير بهذه المرافعة اعتقاده بل يعارضه ، فيبقى الأمر الشرعي بعدم التعرض بلا معارض . وهذا بخلاف ما لو أسلم أحدهما فإنه يجب الحكم في هذه الحالة لأن اعتقاد الآخر الذي لم يسلم لا يعارض

(١) الشيخ محمد بخيت المطيعي ، مؤلفه السابق ، ص ١٢ - ١٤ .

(٢) الجصاص ج ٢ ص ٤٣٥ ، الناسخ والمنسوخ للحاس ص ١٢٨ .

(٣) الجصاص ج ٢ ص ٤٣٦ ، كشف الأسرار ج ٤ ص ١٤٥٢ ، الشيخ محمد بخيت المطيعي ، مؤلفه السابق ، ص ١٢ - ١٤ .

— ٥٧٣ —

اسلام المسلم لأن الاسلام يعلو ولا يعلى عليه ، وبخلاف ما لو ترفعوا
إلينا راضين بحكمنا ، اذ يجب الحكم في هذه الحالة لرضاهما بحكمنا
ويكون القاضي كالحكم (١) .

٤٨٦ - وقد رجح صاحب تفسير المنار المرحوم محمد رشيد رضا
قول الشافعية بأن التخيير الوارد في الآية الكريمة « فَإِنْ جَاؤُكَ فَاحْكَمْ
بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ » خاص بالمعاهدين دون أهل الذمة ، وأنه باقٍ
غير منسوخ ، ثم قال : وعلى هذا لا يجب على حكام المسلمين أن يحكموا
بين الأجانب الذين هم في بلادهم وإن تحاكموا اليهم ، بل هم مخيرون
بين الحكم وعدمه . وأما أهل الذمة فيجب الحكم بينهم إذا تحاكموا
إلينا . ثم استبعد ، رحمه الله ، نسخ « فَإِنْ جَاؤُكَ فَاحْكَمْ بَيْنَهُمْ أَوْ
أَعْرِضْ عَنْهُمْ » بقوله تعالى : « وَأَنْ أَحْكَمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ » بحجة
أنه لا يعقل أن تنزل آيات في سياق واحد ويكون بعضها ناسخاً
لبعض (٢) .

٤٨٧ - القول الراجح :

والراجح عندي هو وجوب الحكم بين غير المسلمين ذميين
كانوا أو مستأمنين متى ما ترفعوا الى القضاء الاسلامي دون اشتراط
رضا الخصمين في الترفع الى القاضي المسلم بل يكفي رفع أحدهما
الدعوى لوجوب الحكم فيها . والدليل على رجحان هذا القول ما يأتي :
اولا - ان مستند القائلين بتخيير الحاكم بين الحكم وعدمه هو
قوله تعالى : « فَإِنْ جَاؤُكَ فَاحْكَمْ بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ » بحجة أن هذه
الآية غير منسوخة ، فيبقى حكمها فيما نزلت فيه : اما بالنسبة للمستأمنين
فقط على رأي البعض كالشافعي ، واما بالنسبة لجميع الكفار على رأي

(١) الكاساني ج ٢ ص ٣١٢ ، الهداية وشرح العناية وفتح القدير ج ٢
ص ٥٠٤ - ٥٠٥ .

(٢) تفسير المنار للمرحوم محمد رشيد رضا ج ٦ ص ٣٩٤ .

البعض الآخر (١) .

ولكن حجة القائلين بالنسخ أولى من وجوه عديدة ، منها :
أ — ان أكثر العلماء ذهبوا الى نسخها (٢) ، بل ان البعض لم يذكر إلا القول بنسخها (٣) .

ب — القول بنسخها ثبت عن ابن عباس وعكرمة وغيرهما ، والقول بالنسخ لا يقال عن طريق الرأي والاجتهاد وإنما طريقه التوقيف ، ولم يقل من أثبت التخيير ان آية التخيير نزلت بعد قوله تعالى : « وأن احكم بينهم بما أنزل الله » وان التخيير نسخه (٤) .

ج — قوله تعالى : « ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون » يدل على نسخ التخيير لأن من أعرض عن غير المسلمين ، كالذميين والمستأمنين ، لم يحكم في الحادثة التي اختصموا فيها بما أنزل الله (٥) .

د — ولو لم يأت الحديث عن ابن عباس بالنسخ لكان النظر يوجب أنها منسوخة ، لأن العلماء قد أجمعوا جميعاً على أن غير المسلمين اذا تحاكموا الى حاكم المسلمين فإن له أن يحكم بينهم ، وانه اذا حكم بينهم فهو مصيب ، ثم اختلفوا في الإعراض عنهم : هل يجوز له ذلك أم لا ؟ وهذا يقتضي أن يحكم بينهم لأنه يكون مصيباً عند الجميع ، وأن لا يعرض عنهم لئلا يكون تاركاً فرضاً عند القائلين بالنسخ فاعلاً ما لا يحل له ولا يسعه (٦) .

واذا ترجح القول بالنسخ وجب الحكم بين غير المسلمين سواء

-
- (١) تفسير الرازي ج ١١ ص ٢٣٥ .
(٢) تفسير القرطبي ج ٦ ص ١٨٦ ، الناسخ والمنسوخ للنحاس ص ١٢٩ .
(٣) تفسير ابن كثير ج ٢ ص ٦٠ .
(٤) الجصاص ج ٢ ص ٤٣٤ ، المحلى ج ٩ ص ٤٢٥ - ٤٢٦ .
(٥) الجصاص ج ٢ ص ٤٣٥ .
(٦) الناسخ والمنسوخ للنحاس ص ١٢٩ - ١٣٠ .

كانوا ذميين أو مستأمنين ، ولا يشترط رضا الخصمين بالترافع الى القاضي ، بل يكفي أن يرفع أحد الخصمين دعواه فيجب على القاضي أن يحكم بينهما كما هو الحال بالنسبة للمسلمين ، لأنه ليس في قوله تعالى « وأن احكم بينهم بما أنزل الله » اشتراط رضا الخصمين بالترافع الى القاضي المسلم . فضلاً عن أن طبيعة الحكم والقضاء هو أن يرفع المتظلم دعواه فينظر الحاكم في مدعاه ويحكم له على خصمه اذا ثبت ادعاؤه دون توقف على رضا المدعى عليه وموافقته .

ثانياً - ان دفع الظلم عن أهل الذمة والمحافظة على أموالهم وحقوقهم واجب على الدولة الاسلامية ^(١) ، فهم من أهل دار الاسلام ولهم ما لنا وعليهم ما علينا ، ولا يتأتى أداء هذا الواجب وهو المحافظة على أموالهم وحقوقهم إلا إذا وجدوا الحماية انقضائية لهم . ولا تكون هذه الحماية تامة ومؤثرة ونافعة إلا اذا وجب الحكم متى رفع أحد الخصمين دعواه الى القاضي المسلم دون توقف على رضا الخصم الآخر . وكذلك المستأمنون ، فانهم في رعاية الدولة الاسلامية وقد استفادوا العصمة لأنفسهم وأموالهم بأمان المسلمين ، ومن تمام العصمة ولوازمها أن يجدوا الحماية لحقوقهم عن طريق القضاء بأن يجب على القاضي الحكم بينهم دون اشتراط رضا الخصمين منهم بالترافع الى القاضي المسلم ، بل يكفي أن يرفع أحدهم دعواه الى القاضي فيجب عليه الحكم في الدعوى . وتقييد الحكم بينهم بشرط تراضيهما بالترافع يعني أن استخلاص الحق لصاحبه متوقف على رضا الظالم بالتنازع الحق منه ورده الى أهله ، وهذا يؤدي الى ضياع الحق على صاحبه ، وهذه نتيجة لا تتفق وأهداف الشريعة الاسلامية التي تمنع الظلم وتأمّر بإزالته حتى بالنسبة للمستأمنين ^(٢) . كما انه لا يتفق ومقتضى الأمان الممنوح

(١) ص ٨٩ - ٩٠ من هذه الرسالة .

(٢) فقرة ١٠٦ ص ٨٨ من هذه الرسالة .

للمستأمنين القول بأن القاضي مخير بين الحكم وعدمه بالنسبة اليهم .
٤٨٨ - ما عليه العمل في الوقت الحاضر :

والمعمول به في الوقت الحاضر ، في العربية المتحدة والعراق
والعربية السعودية هو عدم اشتراط رضا الخصمين في الترافع الى الحاكم
وإنما يكفي رفع المدعي دعواه على خصمه لينظر الحاكم في الدعوى
بحضور الخصمين ، وإذا لم يحضر المدعى عليه لا بنفسه ولا بوكيل
عنه في الميعاد الذي حدد له ، فإن المرافعة تجري في غيابه ، ويحكم عليه
إذا قامت البينة للمدعي .

ففي العربية المتحدة نصت المادة ٦٩ من قانون المرافعات المدنية
والتجارية رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ على انه : « ترفع الدعوى الى المحكمة
بناء على طلب المدعي بصحيفة تعلن للمدعى عليه » ونصت المادة ٩٥
منه : « اذا لم يحضر المدعى عليه الجلسة الأولى حكمت المحكمة في
غيبته بعد التحقق من صحة إعلانه » .

وفي العراق نص قانون أصول المرافعات المدنية والتجارية على انه :
« اذا حضر المدعي ولم يحضر المدعى عليه في اليوم المعين فبطلب من
المدعي تجري المحاكمة غياباً »^(١) . ونص القانون الوقتي للمرافعات الشرعية
لسنة ١٩٢٢ في المادة (١٥) على انه : « لا يشترط تقديم الاستدعاء لإقامة
الدعوى في المحكمة الشرعية ، فعند المراجعة الشفهية تستوضح الكيفية
من المدعي ... وتبلغ الى المدعى عليه » . ونصت المادة (٤٠) من هذا
القانون على انه : « إذا لم يجب المدعي عليه الدعوة في اليوم المعين
للمرافعة يحاكم غيابياً اذا طلب المدعي » .

وفي العربية السعودية يكفي لرؤية الدعوى من قبل المحكمة رفع
المدعي دعواه اليها ، ولا يشترط رضا المدعى عليه بالتراض ، فإذا ما رفع

(١) المادة ٥٨ من قانون أصول المرافعات المدنية والتجارية رقم ٨٨
لسنة ١٩٥٦ .

المدعي دعواه أعلن المدعى عليه بالحضور ، فإذا لم يحضر فإن المحكمة تنظر في الدعوى في غيابه ، وهذا ما نص عليه نظام تنظيم الأعمال الادارية في الدوائر الشرعية الصادر في سنة ١٣٧٢ هـ .

ومن هذا كله يتضح أن العمل في الوقت الحاضر يجري في البلاد الاسلامية على ما رجحته من أقوال الفقهاء وهو وجوب الحكم بين الخصمين غير المسلمين اذا رفع أحدهما دعواه الى المحكمة .

٤٨٩ - شهادة غير المسلم والشهادة عليه ، وكيفية ادائه اليمين :

ومما له علاقة بموضوع هذا الفصل شهادة الذمي والمستأمن على المسلم وبالعكس ، وشهادة الذمين والمستأمنين فيما بينهم ، وكيفية أداء الذمي والمستأمن اليمين . وأذكر فيما يلي أقوال الفقهاء في هذه المسائل .

٤٩٠ - شهادة الذمي والمستأمن على المسلم :

لا تقبل شهادة الذمي أو المستأمن على المسلم في غير الوصية بالسفر ، لأن الشهادة فيها معنى الولاية ، وهي تنفيذ القول على الغير ، ولا ولاية لغير المسلم على المسلم ، وبالتالي لا شهادة له عليه . وهذا قول الفقهاء جميعاً من المذاهب الاسلامية المختلفة (١) .

إلا أن الفقهاء اختلفوا في جواز شهادة غير المسلم على المسلم في الوصية في السفر اذا لم يوجد شهود على الوصية سوى غير المسلمين . فذهب أحمد بن حنبل الى الجواز لقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا

(١) الكاساني ج ٦ ص ٢٨٠ ، الجصاص ج ١ ص ٤٩٤ ، رد المحتار ج ٤ ص ٥١٣ ، الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٥١ ، تبصرة الحكام لابن فرحون المالكي ج ١ ص ١٩٣ ، شرح الخرشي ج ٧ ص ١٧٦ ، مغني المحتاج ج ٤ ص ٤٢٧ ، الاقناع في حل الفاظ أبي شجاع ج ٢ ص ٢٧٩ ، فتح العزيز ج ١٧ ص ٢٢٠ ، كشف القناع ج ٤ ص ٢٥٢ ، المحلى ج ٩ ص ٤٠٥ ، سفينة النجاة ص ٥٧ ، الخلاف للطوسي ج ٣ ص ٣٣ ، شرح الازهار ج ٤ ص ١٩٣ - ١٩٤ ، البحر الزخار ج ٥ ص ٢٣ - ٢٤ .

شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية إثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم إن أنتم ضربتم في الأرض فأصابنكم مصيبة الموت» (١) . وعلى الحنابلة هذا الجواز بهذا النص للضرورة . وبقولهم قال جمهور فقهاء أهل الحديث كما قال به الامام الثوري والأوزاعي والظاهرية والشيعة الامامية (٢) . أما الفقهاء الآخرون ، كالحنفية والمالكية والشافعية والزيدية ، فقد ذهبوا الى عدم جواز شهادة غير المسلم على المسلم في الوصية في السفر (٣) ، واستدلوا بأن آية الدين وهي : « يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه ... الى قوله تعالى : واستشهدوا شهيدين من رجالكم » نسخت الآية التي احتج بها الحنابلة لمذهبهم وهي آية « يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم ... الخ » (٤) . وقد ردَّ الامام ابن القيم على هذا القول بأدلة كثيرة ، وقرر عدم نسخ الآية التي تجيز شهادة الكافر على وصية المسلم في السفر (٥) . بل ذهب الامام ابن تيمية الى أن الحاكم لو حكم بعدم جواز شهادة الكافر على وصية المسلم في السفر فإن حكمه يجب أن ينقض لمخالفته نص الكتاب بتأويلات غير مقبولة (٦) .

وأرى ان شهادة غير المسلم على المسلم تجوز للضرورة سواء أكان ذلك في السفر أو في الحضر ، وفي الوصية أو غيرها . لأن علة جوازها بالنص في مسألة الوصية في السفر هي الضرورة كما صرح ابن قدامة

- (١) سورة المائدة ج ٧ ، الآية ١٠٦ .
- (٢) المغني ج ٩ ص ١٨٤ ، كشف القناع ج ٤ ص ٢٥٢ ، المحلى ج ٩ ص ٤٠٥ - ٤٠٦ ، الخلاف للطوسي ج ٣ ص ٣٣٣ ، شرح اللمعة ج ١ من باب الشهادات ، جواهر الكلام من المجلد المطبوع سنة ١٢٨٧ هـ .
- (٣) المغني ج ٩ ص ١٨٢ - ١٨٣ ، مغني المحتاج ج ٤ ص ٤٢٧ ، البحر الزخار ج ٥ ص ٣٨ ، الجصاص ج ٢ ص ٤٩١ .
- (٤) الجصاص ج ٢ ص ٤٩١ . وآية « يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم ... الخ » . في سورة البقرة ج ٣ ، الآية ٢٨٢ .
- (٥) الطرق الحكيمة لابن قيم الجوزية ص ١٦٦ - ١٦٨ .
- (٦) الاختيارات لابن تيمية ص ٢١٢ - ٢١٣ .

الحنبلي ، فيقتضي هذا التعليل جواز شهادة غير المسلم على المسلم في كل ضرورة ، في سفر أو حضر ، في وصية أو غيرها . ولهذا أجاز الامام مالك شهادة الطيب غير المسلم على المسلم للضرورة (١) .

ولنا أن تتساءل هنا ، اذا كان الشارع قد أباح للمسلم التعامل مع غير المسلمين دون أن يشترط لهذه الإباحة أن تكون بحضور مسلمين ، والمعاملات لا بد ان تنشأ عنها حقوق والتزامات ، ألا يدل هذا ، ضمناً ، على جواز قبول شهادة غير المسلم على المسلم في هذه المعاملات ، جوازها للمسلم على غيره ، حفظاً للحق على صاحبه عند التناكر والجحود ؟

الواقع أن مدار الشهادة وقبولها في الحكم كونها صالحة لكشف الحق في المسألة فتكون بينة مقبولة ، لأن البينة في الشرع كما يقول ابن القيم « اسم لما يبين الحق ويظهره » (٢) . والشهادة تكون صالحة لكشف الحق اذا كان صاحبها صادقاً وقامت القرائن على صدقه . والصدق لا يتمتع تحققه في غير المسلم ، لأنه خلق جميل دعت اليه الشرائع والعقول السليمة . فينبغي قبول شهادة غير المسلم على المسلم كلما ظهر صدقه . وقد وجدنا ابن القيم يقول : « والكافر قد يقوم على خبره شواهد الصدق فينبغي قبوله والعمل به » (٣) .

من هذا كله أرى جواز القول بقبول شهادة غير المسلم على المسلم في المعاملات التي تجري بينهم عادة ، ولكن لا أرى شهادتهم على المسلم في النكاح ونحوه ، وهذا ما أشار اليه استاذنا محمد سلام مذكور إذ يقول : « ... كما ان آيتي الإشهاد على التبايع والإشهاد على دفع الأموال لمن بلغ من الأيتام جاءتا مطلقتين عن قيد يفيد اشتراط الاسلام في الشهود على المسلمين . يقول الله تعالى : « واشهدوا إذا تبايعتم »

(١) الطرق الحكيمة ص ١٥٩ .

(٢) المرجع السابق ص ٢٣ .

(٣) المرجع السابق ص ٢٣ .

ويقول : « فإذا دفعتم إليهم أموالهم فاشهدوا عليهم » . حقاً انه اشترط في آية أخرى أن تكون الشهادة من ذوي عدل من المسلمين ، يقول الله تعالى : « فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بعروف أو فارقوهن بمعروف وأشهدوا ذوي عدل منكم » لكن بالتأمل والنظر نجد أن هذه الآية جاءت في حكم من أحكام الطلاق ، وبذا يسكن أن يقال إن شهادة غير المسلم على المسلم لا تجوز في الطلاق ونحوه مسا يندرج تحت أحكام الأسرة — الأحوال الشخصية — أما في غير ذلك من المسائل المدنية ونحوها فإنها تجوز الشهادة مع اختلاف الدين « (١) » .

٤٩١ — شهادة المسلم على غير المسلم :

صرح الفقهاء من مختلف المذاهب الاسلامية بجواز شهادة المسلم على غير المسلم ، لأن المسلم أهل لأن تثبت له الولاية على المسلم فثبوت الشهادة له على غير المسلم أولى (٢)

٤٩٢ — شهادة الذميين والمستأمنين فيما بينهم :

ذهب الحنابلة والشافعية والظاهرية والمالكية الى عدم جواز شهادة غير المسلمين بعضهم على بعض لقوله تعالى : « ممن ترضون من الشهداء » وليس غير المسلمين ممن نرضاهم فلا قبل شهادة بعضهم على بعض (٣) . وهذا أيضاً مذهب الشيعة الامامية على ما جاء في شرح

(١) المدخل للفقهاء الاسلامي لاستاذنا محمد سلام مذكور ص ٣٤٧ — ٣٤٨ .
(٢) الكاساني ج ٦ ص ٢٨٠ ، المغني ج ٩ ص ١٨٥ ، مغني المحتاج ج ٤ ص ٤٢٧ ، ابن فرحون المالكي ج ١ ص ١٩٣ ، شرح الخرشي ج ٧ ص ١٨٤ ، شرح الازهار ج ٤ ص ١٩٤ ، جواهر الكلام من المجلد المطبوع سنة ١٢٨٧ هـ .

(٣) المغني ج ٩ ص ١٨٤ ، الطرق الحكمية لابن القيم ص ١٥٨ ، كشف القناع ج ٤ ص ٢٥٢ ، مغني المحتاج ج ٤ ص ٤٢٧ ، البجيرمي ج ٤ ص ٣٧٤ ، الشرح الصغير للرددير ج ٢ ص ٣٢٣ ، شرح الخرشي ج ٧ ص ١٧٦ ، المحلى ج ٩ ص ٤٠٥ .

— ٥٨١ —

اللمعة خلافاً لما ذكره الامام الطوسي^(١) . وقد اختار الامام ابن تيمية الحنبلي قبول شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض وقال هذه رواية عن أحمد^(٢) . وعند الزيدية تجوز شهادة غير المسلم على مثله في الملة ، كاليهودي على اليهودي ، ولا تجوز الشهادة عند الاختلاف في الملة كشهادة اليهود على النصارى وبالعكس^(٣) .

اما الحنفية فعندهم تجوز شهادة غير المسلمين بعضهم على بعض بعض على التفصيل الآتي :

أ — تقبل شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض وإن اختلفت مللهم ما داموا عدولاً في دينهم^(٤) . واحتجوا بأن للمسلم على المسلم شهادة فكذا للذمي على الذمي ، وبأن المسلمين لا يحضرون معاملاتهم غالباً فلو لم يكن لبعضهم على بعض شهادة لضاعت حقوقهم عند الجحود والإنكار ، فدعت الحاجة الى صيانة حقوقهم بإثبات شهادة بعضهم على بعض^(٥) . واحتجوا أيضاً بأن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين ، وللمسلمين شهادة ، بعضهم على بعض ، فيجب أن تكون لهم أيضاً شهادة ، بعضهم على بعض . وقالوا في قوله تعالى : « والذين كفروا بعضهم أولياء بعض » ان فيه إثبات الولاية فيما بينهم بعضهم على بعض ، والولاية أعلى مرتبة من الشهادة فلأن ثبتت شهادة بعضهم على بعض أولى^(٦) .

- (١) الخلاف للطوسي ج ١ ص ٣٣٣ : « وذهب الشعبي والزهري وقتادة الى انه ان كانت الملة واحدة كاليهود على اليهود قبلت الشهادة وان اختلفت ملتهم لم تقبل كاليهود على النصارى ، وهذا هو الذي ذهب اليه أصحابنا » . وهذا الذي ذكره الطوسي يخالف ما ذكره صاحب شرح اللمعة في فقه الشيعة فقد جاء في ج ١ منه : « فلا تقبل شهادة الكافر وان كان ذمياً ولو كان المشهود عليه كافراً على الأصح » .
- (٢) الاختيارات لابن تيمية ص ٢١٣ .
- (٣) شرح الأزهاري ج ٤ ص ١٨٣ - ١٩٤ ، البحر الزخار ج ٥ ص ٢٤ .
- (٤) الجصاص ج ١ ص ٤٩٤ ، الكاساني ج ٦ ص ٢٨٠ ، شرح العناية ج ٦ ص ٥٤١ ، الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٥١٧ .
- (٥) الكاساني ج ٦ ص ٢٨٠ - ٢٨١ .
- (٦) شرح العناية ج ٦ ص ٤١ ، الكاساني ج ٦ ص ٢٨١ .

ب — وتقبل عند الحنفية شهادة الذمي على المستأمن لأن الذمي أعلى حالاً من المستأمن لأنه أقرب الى الاسلام منه ، ولأن الذمي بعقد الذمة صار كالمسلم في قبول شهادته على المستأمن (١) .

ج — وتقبل شهادة المستأمنين بعضهم على بعض اذا كانوا من أهل دار واحدة فإن كانوا من دارين مختلفتين فلا تقبل شهادة بعضهم على بعض (٢) ، لأن اختلاف الدار يقطع الولاية بينهم ولهذا يمنع التوارث فيما بينهم ، بخلاف شهادة الذمي على المستأمن فإنها مقبولة وان كانا من أهل دارين مختلفتين ، لأن الذمي بعقد الذمة صار كالمسلم في قبول شهادته على المستأمن (٣) .

د — ولا تقبل شهادة المستأمن على الذمي لأنه لا ولاية له عليه ، لأن الذمي من أهل دارنا وهو أعلى حالاً من المستأمن (٤) .
والراجح من أقوال المذاهب المختلفة هو قول الحنفية إلا انني أرى قبول شهادة المستأمن على المستأمن وان اختلفت بينهما الدار ، وكذا شهادة المستأمن على الذمي ، لأن الشهادة تعتمد الصدق والأمانة في الشاهد وهذا المعنى قد يتحقق في المستأمن فينبغي قبول شهادته على الذمي فضلاً عن انه لا يوجد معنى ديني يمنع من قبول شهادة المستأمن على الذمي .

٤٩٣ — يمين الذمي والمستأمن :

يحلف غير المسلم ، عند الحاجة ، أمام القضاء الاسلامي بالله تعالى لقوله صلى الله عليه وسلم : « من كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت »

- (١) شرح السير الكبير ج ٤ ص ٢٨٣ ، الهداية وشرح العناية ج ٦ ص ٤٣ ، فتح القدير ج ٦ ص ٤٤ ، الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٥١٧ .
- (٢) شرح السير الكبير ج ٤ ص ٢٢٨ ، الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٥٢٧ .
- (٣) الهداية ج ٦ ص ٤٣ ، فتح القدير ج ٦ ص ٤٤ .
- (٤) الهداية وشرح العناية ج ٦ ص ٤٣ ، الكاساني ج ٦ ص ٢٨١ ، الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٥١٧ .

وهذا سواء كان غير المسلم كنياياً أو مشركاً أو وثنياً أو مجوسياً • وإن رأي القاضي تغليظ اليمين على الحالف بما يكون تغليظاً في دينه فله ذلك ، فيغلظ على اليهودي بأن يحلف بالله الذي أنزل التوراة على موسى ، ويغلظ على النصراني بأن يحلف بالله الذي أنزل الانجيل على عيسى ، وعلى المجوسي بأن يقول والله الذي خلقني ورزقني ، أو والله الذي خلق النار كما يقول الأحناف (١) •

٤٩٤ - ما عليه العمل الآن في مسائل الشهادة واليمين :

في الجمهورية العربية المتحدة ، كانت المحاكم الشرعية - قبل إلغائها - تجري في مسائل الشهادة واليمين ، في الدعاوى التي من اختصاصها النظر فيها ، طبقاً لأرجح الأقوال من المذهب الحنفي وللمدون في لائحة ترتيب المحاكم الشرعية عملاً بالمادة (٢٨٠) من اللائحة المذكورة • وعلى هذا كانت تشترط الاسلام في الشاهد اذا كان المشهود عليه مسلماً ، وتقبل شهادة المسلم على غير المسلم ، وشهادة غير المسلمين بعضهم على بعض سواء اتفقوا في الدين أو اختلفوا فيه بشرط أن يكونوا عدولاً في دينهم (٢) • واليمين التي كان القاضي يحلف بها غير المسلم هي اليمين التي نص عليها فقهاء الأحناف وغيرهم ، وهي الحلف بالله عز وجل • وكان للقاضي أن يغليظ اليمين على غير المسلم بما يكون تغليظاً في دينه ، فإن كان نصرانياً حلفه بالله الذي أنزل الانجيل على عيسى ، وإن كان يهودياً حلفه بالله الذي أنزل التوراة على موسى ، وإن كان مجوسياً حلفه بالله الذي خلق النار ، وغير هؤلاء من أهل الشرك لا يحلفهم إلا بالله عز وجل فقط من غير ذكر وثن أو صنم (٣) • ثم صدر القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ وبه الغيت المحاكم الشرعية

(١) المغني ج ٩ ص ٢٢٧ - ٢٢٨ ، مختصر المزني ج ٥ ص ٢٥٤ ، ج ٦ ص ٢٢٧ - ٢٢٨ ، الكاساني ج ٦ ص ٢٢٧ - ٢٢٨ •
(٢) الأصول القضائية في المرافعات الشرعية لاستاذنا علي قراة ص ١٥٥ •
(٣) المرجع السابق ص ٢٥٠ •

والمحاكم المالية ابتداء من أول يناير وأحيلت الدعاوى المنظورة أمامها لغاية ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٥ الى المحاكم الوطنية لاستمرار النظر فيها وفقاً لأحكام قانون المرافعات ^(١) . وقد جاء في المادة الخامسة من هذا القانون : « تتبع أحكام قانون المرافعات في الإجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية والوقف التي كانت من اختصاص المحاكم الشرعية أو المجالس المالية عدا الأحوال التي وردت بشأنها قواعد خاصة في لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أو القوانين الأخرى المكملة لها » . وقد ألغيت بالمادة ١٣ من القانون المذكور مواد كثيرة من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، ومن جملة ما ألغى منها مواد الفصل الرابع الخاص بالشهادة عدا المادة ١٧٩ ^(٢) ، والمادة ١٨١ ^(٣) . ومعنى ذلك ان الشهادة المتعلقة بموضوع هاتين المادتين بقيت خاضعة لأرجح الأقوال من المذهب الحنفي ، عملاً بالمادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، كلما كان القانون الواجب التطبيق هو الشريعة الإسلامية كما لو كان طرفا الدعوى مختلفين في الدين كمسلم وغير مسلم ، أو كانا من غير المسلمين المختلفين في الطائفة أو الملة . وفيما عدا ذلك فإن أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ هي التي تطبق في الوقت الحاضر بالنسبة للشهادة والشهود في المسائل الشرعية والمدنية بالنسبة للمسلمين وغير المسلمين عملاً بالمادة الخامسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ السالف الذكر . وهذا القانون لم يشترط الاسلام في الشاهد حتى ولو كان المشهود عليه مسلماً ، إذ ليس في مواده المتعلقة بالشهادة والشهود مثل

- (١) المادة الاولى من ا قانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ .
- (٢) ونص هذه المادة : « تكفي شهادة الاستكشاف في القضاء بالنفقات بأنواعها وأجرة الحضانة والرضاع والمسكن والشروط التي يتوقف عليها القضاء بشيء مما ذكر » .
- (٣) ونص هذه المادة : « تكفي الشهادة بالايضاء او الوصية وان لم يصرح باصرار الموصي الى الوفاة » .

هذا الشرط (١) . وأما بخصوص اليمين فإن غير المسلم يحلف حسب الأوضاع الخاصة بدياته إن طلب ذلك ، فقد نصت المادة ١٨١ من قانون المرافعات على انه : « لمن يكلف حلف اليمين أن يؤديها وفقاً للأوضاع المقررة في دياتته » وجاء في المادة ٢١٢ من هذا القانون بخصوص تحليف الشاهد اليمين : « على الشاهد أن يحلف يميناً بأن يقول الحق وألا يقول إلا الحق ، وإلا كانت شهادته باطلة . ويكون الحلف على حسب الأوضاع الخاصة بدياته إن طلب ذلك » .

وفي العراق تسير المحاكم الشرعية في مسائل الشهادة واليمين بموجب الفقه الاسلامي ، فتقبل شهادة المسلم على غير المسلم ، ولا تقبل شهادة غير المسلم على المسلم . وتجزئ المحاكم الشرعية السنية شهادة غير المسلمين بعضهم على بعض ، بخلاف المحاكم الجعفرية إذ تشترط الاسلام في الشاهد اذا كان المشهود عليه غير مسلم عملاً بالفقه الجعفري . وفي مسائل اليمين تطبق أحكام الفقه الاسلامي فيحلف غير المسلم بالله عز وجل . ويجوز للقاضي أن يغلظ عليه اليمين بما يكون تغليظاً في دينه على النحو الذي ذكرته من قبل (٢) . وفي المحاكم الدينية للطوائف المسيحية والموسوية في العراق تقبل شهادة الشاهد بغض النظر عن دياتته أو مذهبه ، وهذا هو الظاهر من نص المادة ٥٦ من قانون أصول المحاكمات للطوائف المسيحية والموسوية رقم ١٠ لسنة ١٩٥٠ ، فقد نصت هذه المادة على انه : « لا يجوز رد الشاهد إلا إذا كان غير مميز بسبب صغر أو شيخوخة متقدمة أو مرض جسماني أو عقلي أو كان الشاهد معروفاً بسوء الخلق أو السمعة » .

وفي المحاكم المدنية العراقية يطبق قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ٨٨ لسنة ١٩٥٦ ، ولم يشترط هذا القانون الاسلام في الشاهد اذا

(١) نص قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ على احكام الشهادة والشهود في المواد من ١٨٩ - ٢٢٣ .

(٢) فقرة ٤٩٢ ص ٥٨٢ - ٥٨٣ .

كان المشهود عليه مسلماً^(١) . ولهذا فإن المحاكم المدنية في العراق تقبل الشهادة بغض النظر عن اختلاف الدين بين الشاهد والمشهود عليه .
وأما من جهة اليمين ، فإن من وجبت عليه اليمين يحلف بعبارة « أقسم بالله » ويجوز تغليظ اليمين بطلب الخصم ، وهذا ما نصت عليه المادة (٩٢) من قانون المرافعات العراقي ، إذ جاء فيها : « يجري التحليف بعبارة « أقسم بالله » ويجوز تغليظ اليمين بطلب الخصم » . وتغليظ اليمين يكون بزيادة صفات الله تعالى في القسم كأن يقول الحالف « أقسم بالله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم .. الخ »^(٢) . ونصت الفقرة الثانية من المادة ٩٧ من قانون المرافعات العراقي على انه : « يحلف الشاهد قبل أداء الشهادة بأن يقول الحق » وظاهر هذه الفقرة ان تحليف الشاهد يكون بالصيغة الواردة في المادة (٩٢) أي بعبارة « أقسم بالله » . وهذه الصيغة في التحليف توجه الى المسلم وغير المسلم ، وهذا ما عليه العمل في المحاكم المدنية العراقية ، إلا أن الحالف يحلف ويده على القرآن الكريم إن كان مسلماً ، ويده على الانجيل إن كان مسيحياً ، ويده على التوراة إن كان يهودياً .
وفي العربية السعودية ، حيث يطبق المذهب الحنبلي ، لا تقبل شهادة غير المسلم على المسلم إلا في الوصية في السفر أو عند الضرورة كما ذكر صاحب المغني الحنبلي .

(١) المواد من ٩٣ - ١٠٢ من هذا القانون هي التي وردت في الشهادة والشهود وليس فيها اشتراط الاسلام في الشاهد .
(٢) شرح قانون اصول المرافعات المدنية والتجارية تأليف الاستاذ منير القاضي ص ١٦٢ .

لِمَبَّحَثِ الثَّانِي

القانون الواجب التطبيق

في قضاياهم

تمهيد :

ذكرت في المبحث الأول اختلاف الفقهاء في وجوب الحكم بين غير المسلمين إذا ترافعوا إلينا ، وأريد في هذا المبحث أن أبين القانون الواجب التطبيق اذا ترافعوا إلينا ووجب الحكم بينهم أو اختار الحاكم الحكم بينهم على اختلاف آراء الفقهاء في هذه المسألة كما بينت من قبل •

٤٩٥ - الشريعة الاسلامية هي القانون الواجب التطبيق في قضايا غير المسلمين :

وردت آيات كثيرة في القرآن الكريم تدل على وجوب الحكم بأحكام الشريعة الاسلامية ، من ذلك : « ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون » ^(١) • « ... ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون » ^(٢) • « ... ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الفاسقون » ^(٣) • « وأنزلنا إليك الكتاب بالحق مصدقاً لما بين يديه من الكتاب ومهيمناً عليه ، فاحكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم عما جاءك من الحق ، لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا » ^(٤) • « وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم واحذرهم أن يفتنوك عن بعض ما أنزل الله إليك » ^(٥) •

- (١) سورة المائدة ج ٦ الآية ٤٤ •
- (٢) سورة المائدة ج ٦ الآية ٤٥ •
- (٣) سورة المائدة ج ٦ الآية ٤٧ •
- (٤) سورة المائدة ج ٦ الآية ٤٨ •
- (٥) سورة المائدة ج ٦ الآية ٤٩ •

وهذه الآيات ونحوها تفيد وجوب الحكم بما أنزل الله سواء كان الحكم بين المسلمين أو بين غير المسلمين ، وبهذا قال المفسرون ^(١) .

٤٩٦ — والفقهاء قرروا ما قرره المفسرون ، فقالوا بلزوم الحكم بين غير المسلمين بحكم الاسلام وهو ما يحكم به على المسلمين مع بعض الاستثناءات القليلة حيث يختص غير المسلمين ببعض الأحكام دون المسلمين على رأي بعض الفقهاء ، وإن كانت هذه الأحكام هي أيضاً من أحكام الاسلام المقررة لغير المسلمين . وأذكر فيما يلي أقوال الفقهاء في هذه المسألة :

أولاً — مذهب الظاهرية :

وجوب الحكم على غير المسلمين بما يحكم به على المسلمين وفق الشرع الاسلامي ، ولا يجوز الحكم عليهم بغير حكم الاسلام ، كما لا يجوز ردهم الى حكم دينهم أصلاً ، إلتباعاً لقوله تعالى : « وأن احكم بينهم بما أنزل الله » ^(٢) ، إلا أن طلاقهم لا يقع لأن الشرع لم ينص على وقوعه ^(٣) .

ثانياً — مذهب الزيدية :

لزوم الحكم بينهم بحكم شريعتنا لقوله تعالى : « فإن جاؤك فاحكم بينهم ... » . ولا نحكم بغير شريعتنا ، وكذا إذا استفتونا لم نفتهم إلا بشريعتنا ^(٤) ، إلا أنهم يقررون على أنكحتهم بعد الترافع اذا كانت

(١) قال الامام الطبري في تفسير قوله تعالى « فاحكم بينهم بما أنزل الله » قال : « أي احكم يا محمد بين أهل الكتاب والمشركين بما أنزل اليك من كتابي واحكامي في كل ما احتكموا فيه اليك » : تفسير الطبري ج ٦ ص ٢٦٨ ، تفسير الرازي ج ١٢ ص ١١ ، تفسير القرطبي ج ٦ ص ١٨٦ ، ١٩٠ ، تفسير ابن كثير ج ٢ ص ٦١ ، ٦٦ ، تفسير المنار ج ٦ ص ٣٩٩ — ٤٠٧ ، ٤٢٠ .

(٢) المحلى ج ٩ ص ٣٦٢ ، ٤٢٥ .

(٣) المحلى ج ١٠ ص ٢٠١ .

(٤) شرح الازهار ج ٢ ص ٢٦٨ ، البحر الزخار ج ٥ ص ٣٦٦ .

المرأة تحل لزوجها ولا ينظر الى كيفية عقد النكاح (١) .

ثالثاً - مذهب الشيعة الامامية :

لزوم الحكم بما أنزل الله وإقامة الحكم الثابت شرعاً على غير المسلمين اذا ترافعوا إلينا ، لأن خلافه حكم بغير ما أنزل الله ، وهذا لا يجوز ، فيحكم عليهم بحكم الاسلام (٢) . إلا أنه في مسائل النكاح يقررون على أنكحتهم الفاسدة اذا ترافعوا إلينا ما دامت المرأة تحل لزوجها حين المرافعة ولا ينظر الى كيفية عقدهم (٣) .

رابعاً - مذهب الحنابلة والشافعية :

الحكم على غير المسلمين بحكم الاسلام وبما يحكم به على المسلمين لقوله تعالى : « وإن حكمت فاحكم بينهم بالقسط » وقوله تعالى : « وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم » . إلا أنه فيما يخص تصرفهم في الخمر والخنزير ، اذا تم بالقبض قبل الترافع مضى ولم يفسخ ، وإلا ففسخ ، وهكذا سائر تصرفاتهم الفاسدة (٤) . وفيما يخص أنكحتهم يقررون عليها بعد المرافعة وان وقعت بغير شروط المسلمين

(١) البحر الزخار ج ٣ ص ١٤٧ .

(٢) جواهر الكلام من المجلد المطبوع سنة ١٢٨٧ هـ : « فمتى ترافعوا إلينا وجب إقامة الحكم الثابت شرعاً عليهم ، لأن خلافة حكم بغير ما أنزل الله » ونفس المرجع من المجلد المطبوع سنة ١٢٧٢ هـ : « أو تحاكم إلينا ذميان مثلاً كان الحاكم مخيراً بين الحكم عليهما بحكم الاسلام لقوله تعالى : « وإن حكمت فاحكم بينهم بالقسط » وقوله تعالى « وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم » ... فلو استعدت زوجة ذمي على زوجها في ظهار مثلاً جاز الحكم عليه بحكم الاسلام فيمنع أن يقربها » .

(٣) سفينة النجاة ج ٢ ص ٣٨٧ .

(٤) المغني ج ٨ ص ٥٣٥ ، شرح منتهى الإرادات ج ١ ص ٧٤٣ ، كشف القناع ج ١ ص ٧٣١ - ٧٣٢ ، الأم ج ٤ ص ١٢٩ - ١٣١ ، الأم ج ٥ ص ٢٥٥ ، الأم ج ٧ ص ٨٥ ، المهذب ج ٢ ص ٢٧٣ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢١١

— ٥٩٠ —

ما دامت الزوجة تحل للزوج وقت المرافعة (١) .

خامساً - مذهب المالكية :

لزوم الحكم على غير المسلمين بحكم الاسلام وبما يحكم به على المسلمين متى اختار الحاكم الحكم بينهم (٢) ويقرون على أنكحتهم ما دامت الزوجة تحل لزوجها عند الترافع (٣) .

سادساً - مذهب الحنفية :

فيما عدا الأنكحة ونفي المهر وتمليك الخمر والخنزير وتملكهما فإن الكفار من ذميين ومستأمنين في بيوعهم وسائر عقودهم وتصرفاتهم كالمسلمين فتجري عليهم أحكام الاسلام كما تجري على المسلمين (٤) .

٤٩٧ - هذه هي أقوال الفقهاء من المذاهب الاسلامية المختلفة وكلها صريحة في أن القانون الواجب التطبيق على قضايا غير المسلمين هو القانون الاسلامي أي أحكام الشريعة الاسلامية ، وأن غير المسلمين في هذه الأحكام كالمسلمين إلا في استثناءات قليلة يختلف في مداها الفقهاء ، فأوسعهم فيها الحنفية ، وأكثر الحنفية فيها الامام أبو حنيفة . على أن

(١) المظني ج ٦ ص ٦١٣ ، كشاف القناع ج ٣ ص ٦٨ ، الأم ج ٥ ص ٤٤ وما بعدها ، فتح العزيز ج ١٠ ص ١٠٥ : المذهب ج ٢ ص ٥٤ - ٥٥ .

(٢) المدونة الكبرى ج ٤ ص ١٦٢ ، و ج ٨ ص ٩٧ ، وتفسير القرطبي ج ٦ ص ١٧٩ وارشاد الأمة الى أحكام الحكم بين اهل الذمة للشيخ محمد بخيت ص ٢٠ .

(٣) شرح الخرشي ج ٣ ص ٢٣٠ ، المواق ج ٢ ص ٤٨٠ .

(٤) ارشاد الأمة الى أحكام الحكم بين اهل الذمة للشيخ محمد بخيت الطيعي ص ٢١ . وقد بينا قول الحنفية في الأنكحة والمهر في الفصل الاول من القسم الثاني من هذه الرسالة في ص ٣٥٦ وما بعدها . كما بينا قولهم في تصرفهم في الخمر والخنزير في الفقرة ٤٦٦ ص ٥٥٢ من هذه الرسالة . وهناك مسائل قليلة ينفرد فيها غير المسلم بحكم خاص ، كجواز وصيته بما هو قرية في دينه وليس بقرية في الاسلام فانها تجوز عند أبي حنيفة خلافاً للصاحبين كما ذكرنا ذلك في مبحث الوصية .

— ٥٩١ —

يلاحظ أن مرد هذه الاستثناءات هو أحكام الشريعة الإسلامية نفسها وما ورد فيها من أدلة حسب فهم الفقهاء لها واجتهادهم في دلالتها ، ولهذا اختلفوا في مدى هذه الاستثناءات •

وقد يقال هنا أن الإمام أبا حنيفة يأخذ بحكم شرائع غير المسلمين في مسائل النكاح ونحوها إتباعاً لأمر الشريعة الإسلامية القاضي بأن تركهم وما يدينون ، فيكون الحكم بغير شريعة الإسلام في هذه المسائل حكماً بالشريعة الإسلامية نفسها ولا غضاضة في ذلك • والجواب على هذا من وجهين : —

الوجه الأول — ما صرح به الإمام الجصاص الحنفي إذ قال : « واختلف أصحابنا في مناكحاتهم فيما بينهم : فقال أبو حنيفة هم مقرون على أحكامهم لا يعترض عليهم فيها إلا أن يرضوا بأحكامنا ، فإن رضي بها الزوجان حملاً على أحكامنا ، وإن أبى أحدهما لم يعترض عليهم ، فإذا تراضيا جميعاً حملهما على أحكام الإسلام ، إلا في النكاح بغير شهود والنكاح في العدة فإنه لا يفرق بينهم وكذلك إن أساموا» ^(١) .

فهذا الكلام صريح في أن مذهب أبي حنيفة حمل غير المسلمين على أحكامنا لا على أحكام شريعتهم إذا ترفعوا إلينا • وإما قال أنهم يحصلون على أحكامنا إذا رضوا بها إلا في النكاح بغير شهود والنكاح في العدة لأنه « لما ثبت أنه ليس لنا اعتراض عليهم قبل التراضي منهم بأحكامنا فمتى تراضوا بها وارتفعوا إلينا فإنما الواجب اجراءهم على أحكامنا في المستقبل • ومعلوم أن العدة لا تمنع بقاء النكاح في المستقبل وإنما تمنع الابتداء ، لأن امرأة تحت زوج لو طرأت عليها عدة من وطء بشبهة لم يمنع ما وجب من العدة بقاء الحكم ، فثبت أن العدة إنما تمنع ابتداء العقد ولا تمنع البقاء فمن أجل ذلك لم يفرق بينهما وأما النكاح بغير شهود فإن الذي هو شرط في صحة العقد وجود الشهود

(١) الجصاص ج ٢ ص ٤٣٦ •

في حال العقد ولا يحتاج في بقاءه الى استصحاب الشهود لأن الشهود لو ارتدوا بعد ذلك أو ماتوا لم يؤثر ذلك في العقد ، فإذا كان إنما يحتاج الى الشهود للابتداء لا للبقاء لم يجز ان يمنع البقاء في المستقبل لأجل عدم الشهود . ومن جهة أخرى ان النكاح بغير شهود مختلف فيه بين الفقهاء فمنهم من يجيزه والاجتهاد سائغ في جوازه ولا يعترض على المسلمين اذا عقدوه ما لم يختصموا فيه ، فغير جائز فسخه اذا عقدوه في حال الكفر إذ كان ذلك سائغاً جائزاً في وقت وقوعه لو أمضاه حاكم ما بين المسلمين جاز ولم يجز بعد ذلك فسخه » (١) .

الوجه الثاني - ان أمر الشرع الاسلامي بتركهم وما يدينون يعني تركهم دون تعرض لهم فيما يدينون ، ولا يدل على إباحة أو لزوم الحكم بشريعتهم اذا كان ما تقرره شريعتهم مخالفاً لحكم الشرع الاسلامي . وبهذا المعنى قالت محكمة مصر الابتدائية الشرعية في حكم لها ، فقد جاء فيه : «... إذ المنصوص عليه شرعاً أنه يجب الحكم على أهل الكتاب في خصوماتهم متى ترفعوا إلينا بما أنزل الله وهو حكم الاسلام . والقول بأن مما أنزل الله أن تتركهم وما يدينون فيكون الحكم بينهم طبقاً لشرائعهم حكماً بما أنزل الله ، قول ينبو عنه مداول اللفظ وضعاً ، لأن معنى أن تتركهم وما يدينون أن لا تتعرض لهم فيما يدينون لا أن نحكم بينهم عند الترافع إلينا بما يدينون وقد خالف حكم الاسلام ، ولمخالفة ذلك لما أجمع عليه الفقهاء » (٢) .

٤٩٧ - نتائج هذا البحث :

ونخرج من جميع ما تقدم بالنتائج الآتية :

اولاً - القاعدة عند جميع فقهاء الاسلام هي وجوب الحكم على

(١) المرجع السابق ج ٢ ص ٤٣٧ .
(٢) حكم محكمة مصر الابتدائية الشرعية في ٢٠ يناير سنة ١٩٤٢ المنشور في مجلة المحاماة الشرعية ، السنة الخامسة عشرة ص ٤٩ وما بعدها .

— ٥٩٣ —

غير المسلمين بأحكام الشريعة الإسلامية لا غيرها تنفيذاً لأمر الله تعالى « وأن احكم بينهم بما أنزل الله » .

ثانية - وأحكام الشريعة الإسلامية التي تطبق على غير المسلمين هي نفسها التي تطبق على المسلمين عند الظاهرية عدا مسألة عدم وقوع طلاق غير المسلم . وعند غيرهم هي نفسها أيضاً عدا استثناءات قليلة جداً يختلف مداها باختلاف آراء الفقهاء ، وإن هذه الاستثناءات مردها أحكام الشريعة الإسلامية ودلائلها حسب فهم الفقهاء لها واجتهادهم فيها .

ثالثاً - الفقهاء المسلمون عاجوا قضايا الذميين والمستأمنين ، التي يختلفون فيها مع المسلمين ، بوضع قواعد موضوعية مستمدة من الشريعة الإسلامية تحكم هذه القضايا ، ولم يضعوا لها قواعد إسناد تحيل إلى قانون غير الشريعة الإسلامية . وهذا خلاف ما تفعله القوانين الوضعية الحالية ، لأن هذه القوانين لا تضع قواعد موضوعية لحكم القضايا ذات العنصر الأجنبي بل تضع لها قواعد إسناد لتدل على القانون الواجب التطبيق ، سواء كان هذا القانون أجنبياً أو وطنياً . وكذلك تضع هذه القوانين الوضعية قواعد إسناد داخلية لتدل على القانون الواجب التطبيق لحكم قضايا رعاياها في بعض المسائل ذات العنصر الديني إذا كانت الدولة تتعدد فيها القوانين بسبب اختلاف الدين بين المواطنين .

والسبب في مسلك الفقهاء المسلمين هذا ، هو أن الشريعة الإسلامية لا تعترف بأي قانون آخر غير ما جاءت به من أحكام ، ولا تقر بسراحة أي قانون لها ، لأنها شريعة إلهية عامة لجميع البشر يلزم تطبيقها على الجميع كلما أمكن التطبيق ، وتطبيقها ممكن في دار الإسلام لعموم ولايتها على المواطنين ، فيجب تطبيقها دون غيرها ، وفي هذا يقول الامام أبو يوسف ، كما جاء في بدائع الكاساني : « ولأن الأصل في

الشرائع هو العموم في حق الناس كافة إلا أنه تعذر تنفيذها في دار الحرب لعدم الولاية وأمكن في دار الاسلام فلزم التنفيذ فيها « (١) . وإذا كان بعض القضايا التي تخص غير المسلمين فيها عنصر ديني تلزم مراعاته ، فإن الشريعة الاسلامية هي التي تضع الحكم المناسب لهذه القضايا مراعية اعتقادهم الديني الى الحد الذي تراه واجب الرعاية دون أن تحيل الى شريعة أخرى لاستمداد الحكم منها ، ويكون حكم الشريعة الاسلامية في هذه الحالة التي روعي فيها اعتقادهم ، من أحكام الشريعة الاسلامية نفسها لا من أحكام شريعة أخرى . وفي هذا المعنى يقول الامام الكاساني وهو يتعرض لخلاف الإمام زفر في فساد نكاح الذمي بلا شهود : « وأما قوله إنهم بالذمة التزموا أحكام الاسلام ، فنعم . لكن جواز أنكحتهم بغير شهود من أحكام الاسلام » (٢) .

(١) الكاساني ج ٢ ص ٣١١ .

(٢) المرجع السابق .

الفصل الثاني

حكم ولايتهم على قضايهم الخاصة

تمهيد :

٤٩٩ - لا يصح تقليد غير المسلم القضاء على المسلمين ، وعللوا ذلك بأن القضاء من باب الولاية بل هو أعظم الولايات ، وغير المسلم ليس له أهلية أدنى الولايات وهي الشهادة على المسلمين ، فلا ن لا يكون له أهلية أعلاها أولى ، وبهذا صرح الفقهاء من مختلف المذاهب كالحنفية والشافعية والشيعة الامامية والزيدية والظاهرية ، وهو مذهب جميع الفقهاء الآخرين وان لم يصرحوا به لأنهم اشتهروا فيمن يولى القضاء أن يكون مسلماً (١) .

(١) الكاساني ج ٧ ص ٣ ، مغني المحتاج ج ٤ ص ٣٧٥ ، المحلى ج ٩ ص ٣٦٣ ، جواهر الكلام من المجلد المطبوع سنة ١٢٨٧ هـ ، فتح العزيز ج ١٧ ص ١٧ ، البحر الزخار ج ٥ ص ١١٩ ، شرح الأزهاري ج ٣ ص ٣١١ ، المغني ج ٩ ص ٣٩ ، كشف القناع ج ٤ ص ١٧٣ ، ابن فرحون المالكي ج ١ ص ١٨ ، بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٨٣ ، شرح الزرقاني على مختصر خليل ج ٤ ص ١٢٣ .
والدميون في الوقت الحاضر ، في العربية المتحدة والعراق ، يتولون وظيفة القضاء في المسائل المدنية والجزائية ، ولايتهم فيها عامة على جميع المواطنين مسلمين وغير مسلمين . وقد تعرض لهذا استاذنا محمد سلام مذكور فقال : « ... وبذا يمكن أن يقال ان شهادة غير المسلم على المسلم لا تجوز في الطلاق ونحوه مما يندرج تحت احكام الاسرة » مسائل الاحوال الشخصية « اما في غير ذلك من المسائل المدنية ونحوها فانها تجوز الشهادة مع اختلاف الدين . وبناء على هذا يمكن تصحيح الوضع الحاضر في القضاء من الناحية السياسية الشرعية ما دام اساسه الشهادة فلا يصح قضاء غير المسلم على المسلم في مسائل الاحوال الشخصية ، وان امكن التحل والقول بجوازه في المسائل المدنية ونحوها » : المدخل للفقهاء الاسلامي ص ٣٤٧ - ٣٤٨ .

٥٠٠ - تقليد غير المسلم انقضاء على غير المسلمين :

اختلف الفقهاء في جواز تولية غير المسلم القضاء على غير المسلمين ، ويمكن إجمال أقوالهم على النحو التالي :

أولاً - قول الجمهور :

صرح الظاهرية والشافعية بعدم جواز تقليد غير المسلم القضاء على غير المسلمين ^(١) . وهو مذهب المالكية والحنابلة والشيعة الامامية أيضاً ، لأنهم قالوا بعدم جواز شهادة غير المسلم على غير المسلم ^(٢) ، فلأن لا تكون له ولاية القضاء - وهي أعلى من ولاية الشهادة - أولى .

ثانياً - قول الحنفية :

قال الأحناف يجوز تقليد الكافر القضاء وإن لم يصح قضاؤه على المسلم حال كفره . وقالوا أيضاً يجوز أن يوكل الذمي القضاء على أهل الذمة ، وكونه قاضياً خاصاً بهم لا يقدح في ولايته ولا يضر كما لا يضر تخصيص القاضي المسلم بجماعة معينة من المسلمين ^(٣) . ويعلل الحنفية جواز تولية الذمي القضاء على أهل الذمة بأن أهلية القضاء بأهلية الشهادة ، والذمي من أهل الشهادة على الذميين فهو أهل لتولي القضاء عليهم ^(٤) .

وإذا جاز تولي الذمي القضاء على أهل الذمة ، لكونه أهلاً للشهادة عليهم جاز تقليده القضاء على المستأمنين أيضاً - على مقتضى مذهب الحنفية - لأن الذمي من أهل الشهادة على المستأمن ^(٥) . بل يجوز على مقتضى مذهبهم تولية المستأمن القضاء على المستأمنين إذا كانوا

(١) المحلى ج ٩ ص ٣٦٣ ، الماوردي ص ٦٢ ، مغني المحتاج ج ٤ ص ٣٧٥ .

(٢) فقرة ٤٩٢ ص ٥٨٠ من هذه الرسالة .

(٣) شرح العناية ج ٥ ص ٤٩٩ ، رد المحتار ج ٤ ص ٤١٤ - ٤١٥ ، ٤٨٢ ، الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٣٩٧ .

(٤) شرح العناية وفتح القدير ج ٥ ص ٤٩٩ .

(٥) فقرة ٤٩٢ ص ٥٨٢ من هذه الرسالة .

جميعاً من دار واحدة ، لأن له — في هذه الحالة — شهادة عليهم (١)
وأهلية القضاء بأهلية الشهادة كما يقول الأحناف .

٥٠١ — القول الراجح :

والراجح من أقوال الفقهاء هو القول بعدم جواز تولية غير المسلم القضاء على غير المسلمين ، فلا يجوز تقليد الذمي القضاء حتى على ذمي مثله (٢) . والدليل على ذلك انه لم يرد إلينا في سيرة النبي صلى الله عليه وسلم ولا في سيرة الخلفاء الراشدين ما يدل على أن الذمي ولّي القضاء على شؤون الذميين ، بل المروي عن النبي صلى الله عليه وسلم والخلفاء الراشدين أنهم كانوا يسندون أمور القضاء الى المسلمين دون غيرهم وكانت ولايتهم عامة على المسلمين وغيرهم ولم يخصوا الذميين بقضاة منهم (٣) . ولو كان للذميين حق تولي القضاء على قضاياهم الخاصة لطلبوا بهذا الحق أو لأعطوه دون مطالبة لقيام الحاجة اليه . فولاية القضاء في دار الاسلام ، إذن ، كانت عامة تشمل المسلمين وغير المسلمين ويتولاها المسلمون دون غيرهم ، ولم تكن للذميين جهة قضاء خاصة بهم (٤) . وهذا هو الأمر الطبيعي المعقول ، لأن طبيعة الدولة

(١) فقرة ٤٩٢ ص ٥٨٢ من هذه الرسالة .

(٢) يقول الدكتور عبدالرزاق احمد السنهوري : « ان القضاء بمعناه الصحيح لا يليه في الشرع الا المسلم فلا يجوز تقليد الذمي القضاء حتى على ذمي مثله ، واذا حكم الذمي في قضية الذميين فانما يكون هذا تحكيماً » : وصية غير المسلم ، مذكرة قدمها الدكتور السنهوري الى محكمة النقض في الجمهورية العربية المتحدة طبعة ١٩٤٢ ، ص ١٧ .

(٣) اخبار القضاة للامام وكيع ج ١ ص ١٠٤ وما بعدها .

(٤) روى وكيع عن عيسى بن أبي عزة قال شهدت الشعبي اجاز شهادة نصراني على يهودي . كما روى عن كعب بن مسور ، قاضي البصرة من قبل عمر بن الخطاب ، انه استخلف يهودياً . وروي ان معاذ ابن جبل كان باليمن فاختصموا اليه في يهودي مات وترك اخاً مسلماً : اخبار القضاة للامام وكيع ج ١ ص ٣٣٥ وما بعدها .
و ج ٢ منه ص ٤١٥ . وهذه الاخبار تدل على أن غير المسلمين ما كانت لهم جهة قضاء خاصة بهم وانما كانوا يرجعون في قضاياهم الى جهة القضاء العامة التي كان يتولاها المسلمون .

تقتضي وحدة القضاء فيها لا تعدد جهات القضاء ، والشريعة الاسلامية تقوم كسائر الأنظمة القانونية على مبدأ وحدة القانون ووحدة القضاء (١) .

أما ما ذكره الحنفية من جواز تولية الذمي القضاء على الذمين بحجة أن له شهادة عليهم ، وأن الشهادة ولاية والقضاء ولاية ، وأن أهلية القضاء بأهلية الشهادة ، فالجواب أن الشهادة وإن كانت تدخل في باب الولاية ولكنها ليست كولاية القضاء التي فيها حكم وإلزام وإثابة عن الامام في القضاء ، وليست الشهادة كذلك ، فلا يلزم من ثبوت الشهادة للذمي على الذمين أن تثبت له ولاية القضاء عليهم . والظاهر أن ما ذكره الأحناف من جواز تقليد الذمي القضاء على الذمين هو كما وصفه الماوردي اذ يقول : « وقال أبو حنيفة يجوز تقليد القضاء بين أهل دينه ، وهذا وإن كان عرف الولاية بتقليده جارياً ، فهو تقليد زعامة ورئاسة وليس بتقليد حكم وقضاء ، وإنما يلزمهم حكمه لالتزامهم له لا للزومه عليهم ولا يقبل الامام قوله فيما حكم به بينهم . واذا امتنعوا من تحاكمهم اليه لم يجبروا عليه وكان حكم الاسلام عليهم أنفذ » (٢) .

٥٠٢ - واذا جاز تولية الذمي القضاء على الذمين ، على رأي الحنفية فبأي قانون يحكم ؟ أيحكم بالشريعة الاسلامية أم بشريعته ؟

لم أقف على قول صريح للحنفية في هذه المسألة ، وقد ذكر الشيخ

(١) جاء في كتاب الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين والأجانب للدكتور أحمد سلامة ص ١٠٧ : قام الاسلام على مبدأ التسامح وترك الذمين في داره ان يزاووا طقوسهم الدينية وأن يستعينوا في فض منازعاتهم ومشاكلهم ذات الصبغة الدينية برؤسائهم الدينين . وبدأ ذلك جلياً في مسائل الزواج ، لكن أبداً لم يسمح لهم باقامة عدالة طائفية أو دينية ، وذلك أن الشريعة الاسلامية تقوم كسائر الأنظمة القانونية على مبدأ وحدة القانون ووحدة القضاء .

(٢) الاحكام السلطانية للماوردي ص ٦٢ .

عبدالله مصطفى المراغي أنه : « يجوز للوالي المسلم أن يولي القضاء للذمي لينظر في قضايا الذميين ويحكم عليهم بما تقتضيه شريعتهم وذلك لأن الوالي المسلم مطلوب منه القيام بمصالح الذميين » (١) . ولم أقف على المصدر الذي استقى منه الشيخ المراغي قوله هذا . وعلى كل حال فإن فيما قاله إشكالا ، إذ كيف يحكم في دار الاسلام بغير شريعة الاسلام ؟ وكيف تنفذ أحكام غير الشريعة الاسلامية إذا اقتضى تنفيذها بقوة الدولة وسلطانها ؟ ثم كيف يسمح لغير الشريعة الاسلامية أن تطبق في دار الاسلام ، والشريعة الاسلامية شريعة عالمية ، لولا ضرورات الواقع وانعدام الولاية على دار الحرب لطبقت في العالم كله ، فكيف يصح القول بانحسارها عن بعض القضايا أو عن بعض المواطنين في دار الاسلام وقد تيسر لها إمكان التطبيق والتنفيذ ؟ ثم إن الحنفية صرحوا بأن القاضي نائب عن الامام في الحكم بين الناس (٢) ، فكيف يصح من نائب الامام أن يحكم بغير شريعة الاسلام ، والامام نفسه ملزم بالحكم بشريعة الاسلام ، منهي عن الحكم بغيرها ؟ وأيضا فإن الأحناف قالوا إن من شرائط نفس القضاء أن يكون قضاء بالحق وهو الثابت عند الله عز وجل من حكم الحادثة : إما قطعاً بأن قام عليه دليل قطعي ، وإما ظاهراً بأن قام عليه دليل ظاهري . فلو قضى القاضي بما قام الدليل القطعي على خلافه لم يجز لأنه قضاء بالباطل قطعاً ، وكذا لو قضى في موضع الخلاف بما يخرج عن أقوال جميع الفقهاء لم يجز لأن الحق لا يعدو أقوالهم (٣) . هذا ما قاله الحنفية على لسان الامام الكاساني ولم يفرقوا فيما قالوه بين حاكم مسلم وحاكم ذمي على ذميين . ومن

(١) التشريع الاسلامي لغير المسلمين للشيخ عبدالله المراغي ص ١٠١ .

(٢) الكاساني ج ٧ ص ٢ .

(٣) الكاساني ج ٧ ص ٤ .

-- ٦٠٠ --

المعلوم أن حكم الحاكم الذمي بأحكام شريعته المنسوخة حكم بالباطل قطعاً فلا يجوز هذا الحكم . وعلى هذا فالصحيح عدم جواز الحكم بغير شرع الاسلام في دار الاسلام لا من قبل ذمي ولا مسلم . وهذا يؤيد أن قول الحنفية بجواز تقليد الذمي القضاء على الذمين إنما هو تقليد رئاسة وزعامة وليس بتقليد حكم وقضاء ، كما قال الامام الماوردي ، وان الذمي اذا حكم في أقضية الذمين فإنما يكون على سبيل التحكيم ، والتحكيم جائز لأهل الذمة جوازه لأهل الاسلام .

٥٠٣ - التحكيم :

التحكيم هو أن يختار الخصمان شخصاً ليحكم بينهما ، وركنه اللفظ الدال عليه مثل احكم بيننا أو جعلناك حكماً ، أو حكمناك ، مع قبول المحكم (١) . وقد ثبتت مشروعيته بالكتاب والسنة والإجماع . فمن الكتاب قوله تعالى : « فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها » . ومن السنة عمل النبي صلى الله عليه وسلم بحكم سعد بن معاذ في بني قريظة لما اتفقت اليهود مع النبي صلى الله عليه وسلم على الرضا بتحكيم سعد فيهم . وأجمع الصحابة على جواز التحكيم (٢) . ولهذا كله أجازته الفقهاء (٣) .

٥٠٤ - هل يجوز تحكيم الذمي ؟

عند الحنفية الشرط في المحكم أن يكون عاقلاً ولا يشترط فيه الاسلام ، والشرط فيمن يكون حكماً صلاحيته لتولي القضاء على من

(١) الدر المختار ورد المختار ج ٤ ص ٤٨٢ .

(٢) شرح العناية وفتح القدير ج ٥ ص ٤٩٨ . والآية في سورة النساء ج ٥ ، الآية ٣٥ ، وقصة تحكيم سعد رواها البخاري ج ٦ ص ١٥٣ ، مسلم ج ٧ ص ٣٧٩ ، أبو داود ج ٨ ص ٨٢ .

(٣) المغني ج ٩ ص ١٠٧ ، الهداية ج ٥ ص ٤٩٩ ، مغني المحتاج ج ٤ ص ٣٧٨ ، ابن فرحون المالكي ج ١ ص ٤٦ .

حكمه • ولما كانت أهلية القضاء بأهلية الشهادة فلا يصح تحكيم غير المسلم على المسلم ، ولكن يصح تحكيم أهل الذمة ذمياً ليحكم فيما بينهم لأنه من أهل الشهادة عليهم فهو من أهل الحكم عليهم (١) ، وتشتط الأهلوية المذكورة فيمن يكون حكماً وقت التحكيم ووقت الحكم جميعاً • فلو حكم ذميان ذمياً ليحكم بينهما ثم أسلم الحكم فهو باق على حكومته ، لأن المسلم من أهل الشهادة على الذميين ، ولو أسلم أحد الخصمين الذميين خرج الحكم عن حكومته فيما بينهما بالنسبة لما يحكم به للذمي على المسلم ، ولا يعد خارجاً عن حكومته إذا حكم للمسلم على الذمي لأنه من أهل الحكم على الذمي (٢) • ولو أسلم الخصمان خرج الحكم عن حكومته فلا يصح حكمه على أحدهما للآخر لعدم أهليته عليهما وقت الحكم (٣) •

وما قالوه محل نظر ، لأنه إذا أسلم الحكم فكيف تبقى حكومته ؟ وأساس التحكيم رضا الطرفين على الحكم ، وهم رضاه يوم كان ذمياً فكيف نلزمهما ببقائه حكماً في هذه الحالة ، وهو حكم وليس بقاض يترافع أمامه الخصمان ؟ وقولهم : لو أسلم أحد الخصمين الذميين خرج الحكم عن حكومته فيما بينهما بالنسبة لما يحكم به للذمي على المسلم ويبقى حكماً إذا حكم للمسلم على الذمي • هذا القول غير مستساغ ولا أرى له وجهاً مقبولاً لأن الحكم إما أن يبقى ، إذا أسلم أحد الخصمين ، فيقبل حكمه على الطرفين ، وإما أن تزول عنه هذه الصفة فلا يعتد بحكمه على أحدهما •

- (١) شرح العناية وفتح القدير ج ٥ ص ٤٩٩ ، الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٣٩٧ .
(٢) فتح القدير ج ٥ ص ٤٩٩ ، الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٢٩٧ - ٣٩٨ .
(٣) الدر المختار ورد المحتار ج ٤ ص ٤٨٢ - ٤٨٣ . فتح القدير ج ٥ ص ٤٩٩ .

٥٠٥ - تحكيم المستأمن :

قلت إن الشرط عند الحنفية في الحكم أن يكون أهلاً للقضاء على من يحكمه ، وإن أهلية القضاء بأهلية الشهادة . وبما أن الذمي من أهل الشهادة على المستأمن فيلزم من هذا جواز تحكيمه من قبل المستأمنين . ويجوز أيضاً ، على مقتضى مذهب الأحناف ، تحكيم المستأمن من قبل المستأمنين إذا لم يكن بين الخصمين والحكم اختلاف دار لأن الأحناف قالوا إن المستأمن من أهل الشهادة على المستأمن إن اتحدوا داراً (١) .

٥٠٦ - تحكيم غير المسلم في المذهب الأخرى :

غير الحنفية ، كما يبدو ، لا يجيزون لأهل الذمة أن يحكموا ذمياً ليحكم بينهم ، وكذا لا يجيزون للمستأمنين أن يحكموا مستأمناً ، لأنهم اشترطوا في الحكم أهليته للقضاء ، ومن شروط أهلية القضاء عندهم الاسلام (٢) .

(١) فقرة ٤٩٢ ص ٥٨٢ من هذه الرسالة .

(٢) المغني ج ٩ ص ١٠٧ ، ابن فرحون المالكي ج ١ ص ٤٧ ، شرح الخرشني ج ٧ ص ١٢٨ - ١٣٩ ، مغني المحتاج ج ٤ ص ٣٧٨ ، شرح اللمعة ج ١ : « ولا بد في القاضي المنسوب من الإمام من الكمال بالبلوغ والعقل والعدالة ويدخل فيها الأيمان . ويشترط في قاضي التحكيم العدالة أيضاً ، وقاضي التحكيم هو الذي تراضى به الخصمان ليحكم بينهما مع وجود قاض منسوب » .

الفصل الثالث

المطبّق بالنسبة لقضاياهم في الوقت الحاضر

لمبحث الأول

المطبّق في الجمهورية العربية المتحدة

أولا - بالنسبة للذميّين

٥٠٧ - يخضع الذميّون في الجمهورية العربية المتحدة في الوقت الحاضر لولاية القضاء العامة « المحاكم المدنية » في مسائل أحوالهم الشخصية ، وذلك بعد صدور القانونين رقم ٤٦١ ، ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ .

فقد جاء في المادة الأولى من القانون رقم ٤٦١ لسنة ١٩٥٥ : « يستبدل بنص المادة ١٢ من قانون نظام القضاء رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ النص الآتي : « تختص المحاكم بالفصل في كافة المنازعات في المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية والوقف والولاية وجميع الجرائم إلا ما استثنى بنص خاص » . وجاء في المادة الأولى من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ : « تلغى المحاكم الشرعية والمحاكم المليّة ابتداء من أول يناير سنة ١٩٥٦ وتحال الدعاوى المنظورة أمامها لغاية ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٥ الى المحاكم الوطنية لاستمرار النظر فيها وفقا لأحكام قانون المرافعات ٠٠٠ » وبهذا صار الذميّون يخضعون في مسائل أحوالهم الشخصية للمحاكم المدنية صاحبة الولاية العامة على جميع المواطنين

— ٦٠٤ —

في الجمهورية العربية المتحدة ، كما هو الشأن في خضوعهم لها في مسائل أحوالهم العينية ^(١) . وقد كان الذميون قبل صدور القانونين المذكورين يخضعون لجهات قضائية خاصة بهم في مسائل أحوالهم الشخصية ، وهي مجالسهم المالية اذا كانوا متحدين في الملة والطائفة ، أما اذا كانوا مختلفين في الملة أو الطائفة فقد كانت الولاية على مسائل أحوالهم الشخصية للمحاكم الشرعية ^(٢) .

٥٠٨ - القانون الواجب التطبيق :

يخضع الذميون في معاملاتهم المالية الى القانون المدني المصري « العربي » شأنهم في هذا شأن المواطنين المسلمين . أما في مسائل الأحوال الشخصية ففيها تفصيل :

أولاً - فيما يخص الموارث والوصية والوقف والولاية على المال ، صدرت قوانين تنظم أحكامها وهي : القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ فيما يخص الموارث ، والقانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ فيما يخص الوصية ، والقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ فيما يخص الوقف ، والقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ فيما يخص الولاية على المال . والذميون كالمسلمين في خضوعهم لأحكام هذه القوانين ولأحكام الشريعة الاسلامية التي تخص مواضيع هذه القوانين اذا لم يرد بشأنها نصوص فيها ^(٣) .

ثانياً - في مسائل الأحوال الشخصية الأخرى ، غير المذكورة في أعلاه ، يطبق على الذمين أحكام شريعتهم في نطاق النظام العام ، بشرطين :

أ - أن يكونوا متحدين في الملة والطائفة .

-
- (١) أحكام الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين للاستاذ حلمي بطرس ص ١٢ .
(٢) المرجع السابق ص ٣٩ - ٤١ .
(٣) المدخل للقانون الخاص لاستاذنا الدكتور عبد المنعم البدر اوي ، ص ٢١ - ٢٢ ، ١٧٥ .

ب — أن تكون لهم جهة قضائية ملية منظمة وقت صدور القانون
رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ .

وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة السادسة من القانون
رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ فقد جاء فيها : « ٠٠٠٠ أما بالنسبة للمنازعات
المتعلقة بالأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين والمتحدي الطائفة
والملة الذين لهم جهات قضائية ملية منظمة وقت صدور هذا القانون
فتصدر الأحكام — في نطاق النظام العام — طبقاً لشريعتهم » . فإذا لم
يتحقق هذان الشرطان كأن يكون طرفا النزاع مختلفين في الطائفة
والملة أو في أحدهما كأن يكون أحدهما مسيحياً والآخر يهودياً ، أو
يكون أحدهما من الأقباط الأرثوذكس والثاني من الأقباط الكاثوليك ،
ففي هذه الحالات ونحوها ، لا تطبق عليهم أحكام شريعتهم . وكذلك
لا تطبق أحكام شريعتهم ولو كانوا متحدين في الطائفة والملة إذا لم تكن
لهم جهات قضائية ملية منظمة وقت صدور القانون رقم ٤٦٢ لسنة
١٩٥٥ . وفي هذه الأحوال — أي عند عدم توافر الشرطين — يكون
القانون الواجب التطبيق هو أحكام الشريعة الإسلامية حسب المقرر في
المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية عملاً بالفقرة الأولى من
المادة السادسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ التي نصت على أنه :
« تصدر الأحكام في المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية والوقف والتي
كانت أصلاً من اختصاص المحاكم الشرعية طبقاً لما هو مقرر في المادة
٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم المذكورة » ، لأن المحاكم الشرعية قبل
الغاءها كانت تختص بقضايا الذميين في مسائل الأحوال الشخصية إذا
اختلفوا في الطائفة أو الملة ، فتطبق عليهم أحكام الشريعة الإسلامية وفق
المقرر في المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ^(١) . والمادة ٢٨٠

(١) حلمي بطرس ، مؤلفه السابق ، ص ٣٩ — ٤٠ ، تادرس ، مؤلفه
السابق ، ص ٢١ — ٢٢ ، شرح المرافعات المدنية والتجارية للدكتور
الشرقاوي ج ١ ص ٣٢ .

— ٦٠٦ —

من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية تنص على انه : « تصدر الأحكام طبقاً للمدون في هذه اللائحة ولأرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة ما عدا الأحوال التي ينص فيها قانون المحاكم الشرعية على قواعد خاصة فيجب فيها أن تصدر الأحكام طبقاً لتلك القواعد » .

٥٠٩ - أثر تغيير الطائفة أو الملة على القانون الواجب التطبيق في مسائل الأحوال الشخصية :

نصت المادة السابعة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ : « ولا يؤثر في تطبيق الفقرة الثانية من المادة المتقدمة تغيير الطائفة أو الملة بما يخرج أحد الخصوم عن وحدة طائفية الى أخرى أثناء سير الدعوى إلا اذا كان التغيير الى الاسلام ، فتطبق الفقرة الأولى من المادة السادسة من هذا القانون » .

فهذه المادة تورد استثناء على الفقرة الثانية من المادة السادسة التي تقضي بتطبيق القانون الديني للمتخاصمين ، وهذا الاستثناء هو : اذا غير أحد الخصوم ديارته الى الاسلام ، أي صار مسلماً ، في أثناء سير الدعوى ففي هذه الحالة تطبق الشريعة الاسلامية على النحو المذكور في الفقرة الأولى من المادة السادسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ . أما اذا كان تغيير أحد الخصوم ديارته الى غير الاسلام ، أو غير طائفته الى طائفة أخرى مع بقاءه على ديارته ، وكان التغيير أثناء سير الدعوى فلا يؤثر هذا التغيير في تطبيق القانون الديني الذي وجب تطبيقه قبل تغيير أحد الخصوم ملته أو طائفته .

والخلاصة فإن القانون الديني لغير المسلمين يطبق اذا كان الخصوم متحدين في الطائفة والملة وظلوا هكذا الى انتهاء الدعوى أو غير أحدهم ملته أو طائفته أثناء سير الدعوى اذا كان التغيير الى غير الاسلام ، فإن كان التغيير الى الاسلام فلا يطبق إلا حكم الشريعة الاسلامية طبقاً لما هو مقرر في المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية .

ثانياً - بالنسبة للمستأمنين

٥١٠ - مدى ولاية القضاء العامة على المستأمنين :

للأجانب في الجمهورية العربية المتحدة حق الإلتجاء الى القضاء الوطني لرفع دعاوهم على خصومهم^(١) ، فتختص المحاكم الوطنية بالنظر في الدعوى اذا كان المدعى عليه من رعايا الجمهورية العربية المتحدة ولو لم يكن له موطن أو سكن فيها^(٢) . أما اذا كان المدعى عليه أجنبياً فقد تكفلت المادة الثالثة من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ ببيان الأحوال التي تختص فيها المحاكم الوطنية بالدعوى التي ترفع على الأجنبي اذا لم يكن له موطن أو سكن في الجمهورية العربية المتحدة . ويفهم من هذه المادة أن المحاكم الوطنية تختص بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجانب اذا كان لهم موطن أو سكن في العربية المتحدة بصرف النظر عن المكان التي تمت فيه العقود أو الأفعال التي سببت النزاع^(٣) .

كما أن المواد من ٨٥٩ الى ٨٦٧ من قانون المرافعات المذكور والتي صدر بها وبغيرها من مواد الكتاب الرابع من قانون المرافعات ، القانون رقم ١٢٦ لسنة ١٩٥١ ، بينت هذه المواد حالات اختصاص المحاكم الوطنية بالنظر في مسائل الأحوال الشخصية للأجانب ، وقد عللت المذكرة التفسيرية للقانون الأخير صدور هذا القانون بهذه المواد بقولها : « لأنه لوحظ أن نص المادة الثالثة من قانون المرافعات قليل الجدوى في تحديد أسس الاختصاص في مسائل الأحوال الشخصية ، وقد أقام المشرع اختصاص المحاكم المصرية - العربية - في المسائل

(١) القانون الدولي الخاص للدكتور أحمد مسلم ج ١ ص ٣٧٥ .

(٢) شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية للدكتور الشرفاوي ج ١ ص ٢٥٣ - ٢٥٤ .

(٣) شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية للدكتور الشرفاوي ج ١ ص ٢٥٨ هامش (١) .

المذكورة على وجود موطن المدعى عليه الأجنبي بمصر — في الجمهورية العربية المتحدة — أخذاً بقاعدة أن الدعوى ترفع الى محكمة محل المدعى عليه ، كما أقامه على تعلق الدعوى بعقار موجود بمصر — الجمهورية العربية المتحدة — . . . وقد جاء المشرع ببعض مستثنيات لهذه القاعدة اقتضتها اعتبارات لها وجاهاتها . . . » (١) .

٥١١ — القانون الواجب التطبيق :

خصص المشرع المصري « العربي » في القانون المدني المواد « ١٠ — ٢٨ » لبيان قواعد الاسناد ، أي القواعد التي تشير الى القانون الواجب التطبيق على العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي ، سواء كان هذا العنصر الأجنبي في أطرف العلاقة القانونية أو في سببها المنشئ لها أو في موضوعها .

وعلى هذا ، اذا كان أحد طرفي العلاقة القانونية أجنبياً ، أو كان طرفاها أجنبيين « مستأمنين » في الجمهورية العربية المتحدة ، فإن المحاكم الوطنية تطبق على هذه العلاقة القانونية القانون الذي تشير اليه قواعد الإسناد الوطنية الواردة في المواد المذكورة أعلاه (٢) . على أن تطبيق القانون الأجنبي الذي تشير اليه قواعد الإسناد الوطنية مقيد بالنظام العام والآداب في العربية المتحدة كما تقضي بذلك المادة ٢٨ من القانون المدني المصري « العربي » (٣) . فإذا كان القانون الواجب التطبيق

(١) المذكرة التفسيرية للقانون رقم ١٢٦ لسنة ١٩٥١ ، من مجموعة قانون المرافعات المدنية والتجارية والقوانين المتعلقة به ، جمع عبد الخالق عزت ، الطبعة الأولى ، ص ٣٦٤ .

(٢) ويلاحظ أن هذه القواعد لا تتضمن أحكاماً موضوعية وإنما تدل فقط على القانون الواجب التطبيق الذي يعطي الأحكام اللازمة لموضوع النزاع .

(٣) وهذه المادة تنص على أنه : لا يجوز تطبيق قانون أجنبي عينته النصوص السابقة اذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب في مصر .

بموجب هذه القواعد يجيز زواج المسلمة بغير المسلم ، أو يساوي في الميراث بين البنت والابن المسلمين ، أو يمنع طلاق المسلم لزوجته بإرادته المنفردة ، فإن القاضي الوطني في هذه الحالات وأمثالها يستبعد تطبيق القانون الأجنبي ويطبق قانونه الوطني — وهو هنا الشريعة الإسلامية — فيقضي ببطالان هذا الزواج ، ويجعل ميراث البنت على النصف من ميراث الابن ، ويجيز طلاق المسلم لزوجته بإرادته المنفردة ، لأن الأخذ بالقانون الأجنبي في هذه الحالات مخالف للنظام العام في الجمهورية العربية المتحدة (١) .

ويتصور خضوع الأجانب في الجمهورية العربية المتحدة لأحكام الشريعة الإسلامية ، بموجب قواعد الإسناد الوطنية ، في حالات كثيرة ، منها : يتزوج مواطن ذمي مستأمنة ، أو تتزوج مواطنة ذمية مستأمنة في العربية المتحدة ، ثم يثور نزاع حول هذا الزواج فيكون القانون الواجب التطبيق ، في هذه الحالة ، على الشروط الموضوعية لهذا الزواج عدا شرط الأهلية ، هو القانون المصري « العربي » طبقاً للمادة ١٤ من القانون المدني (٢) . فإذا كان أحد الزوجين من الأقباط الأرذوكس والآخر من السريان الكاثوليك فإن القانون الذي يطبق هو أحكام الشريعة الإسلامية « حسب المقرر بالمادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية » لاختلاف الزوجين في الطائفة والملة وفقاً لما تقضي به قواعد الإسناد الوطنية الداخلية (٣) ، اتباعاً لنص المادة ٢٦ من القانون

(١) القانون الدولي الخاص المصري للدكتور عز الدين عبدالله جـ ٢ ص ٤٣١ — ٤٣٢ .

(٢) المادة ١٤ من هذا القانون نصت على أنه : في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا كان أحد الزوجين مصرياً وقت انعقاد الزواج يسري القانون المصري وحده فيما عدا شرط الأهلية للزواج .

(٣) فقرة ٥٠٨ ص ٦٠٥ من هذه الرسالة .

- ٦١٠ -

المدني المصري « العربي » (١) . وكذلك اذا تزوج مواطن مسلم مستأمنة فإن القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لهذا الزواج ، عدا شرط الأهلية ، هو الشريعة الاسلامية لما قلناه . وكذلك اذا مات مواطن ذمي وكان له ورثة من المستأمنين فإن القانون الواجب التطبيق على الميراث في هذه الحالة هو قانون المورث عملاً بالفقرة الثانية من المادة ١٧ من القانون المدني المصري « العربي » (٢) . وقانون المورث هو قانون الموارث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ ، وأحكام الشريعة الاسلامية التي تخص مسائل الميراث اذا لم يرد بشأنها نص في هذا القانون ، لأن أحكام الموارث في العربية المتحدة تسري على جميع المواطنين من مسلمين وغير مسلمين كما قلنا من قبل (٣) .

لِمَبْحَثُ الثَّانِي

المطبق في العراق

اولا - بالنسبة للذميين

تمهيد :

٥١٢ - تبنت الدولة العثمانية المذهب الحنفي فكان هو المطبق في محاكمها في سائر أنحاء الدولة ومنها العراق . فقد كانت المحاكم

- (١) جاء في المادة ٢٦ من القانون المدني المصري « العربي » : متى ظهر من الأحكام الواردة في المواد المتقدمة ان القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة معينة تتعدد فيها الشرائع فان القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر اية شريعة من هذه يجب تطبيقها .
- (٢) نصت الفقرة الأولى من المادة ١٧ من القانون المدني المصري : يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة الى ما بعد الموت قانون المورث او الموصي او من صدر عنه التصرف وقت موته .
- (٣) فقرة ٥٠٨ ص ٦٠٤ من هذه الرسالة .

— وهي المحاكم الشرعية — في العراق تطبق الفقه الحنفي في قضائها^(١) . وكانت هذه المحاكم الشرعية في العراق حتى سنة ١٣٠٥ هـ تنظر في جميع القضايا ، سواء منها ما تعلق بمسائل الأحوال الشخصية أو العينية أو الجنائيات ، وبالنسبة لجميع المقيمين في العراق ٠٠٠ ثم تقيدت وظيفة المحاكم الشرعية بموجب الإرادة السنية من السلطان العثماني آنذاك بتاريخ ٢٤ جمادى الآخرة سنة ١٣٠٥ هـ والتي منعت المحاكم الشرعية من النظر في دعاوى التجارة والجزاء والضرر ونحو ذلك ، وجعل الاختصاص فيها الى المحاكم المدنية . وبقي اختصاص المحاكم الشرعية بمسائل الأحوال الشخصية بالنسبة لجميع المقيمين في العراق من مسلمين وغير مسلمين ، حتى تاريخ الاحتلال البريطاني للعراق سنة ١٩١٧ . وبعد الاحتلال بفترة وجيزة صدر بيان المحاكم لسنة ١٩١٧ وأناط رؤية دعاوى الأحوال الشخصية المتعلقة بأفراد الطوائف غير الاسلامية بالمحاكم المدنية على أن تستعين المحكمة في هذه الدعاوى بعالم روحاني للطائفة التي ينتمي اليها الخصوم للتعرف على الحكم الديني في هذه الدعاوى^(٢) . وبقي الأمر هكذا حتى تشريع القانون الأساسي العراقي سنة ١٩٢٥ حيث نصت المادة الخامسة والسبعون منه على تقسيم المحاكم الدينية الى محاكم شرعية ومجالس روحانية طائفية . وقد نصت المادة الثامنة والسبعون من هذا القانون الأساسي على ما يأتي : « تشمل المجالس الروحانية الطائفية : المجالس الروحانية الموسوية والمجالس الروحانية المسيحية وتؤسس تلك المجالس وتخول سلطة القضاء بقانون خاص » . ثم صدر أخيراً قانون تنظيم المحاكم الدينية

(١) الأحوال الشخصية والتطبيقات الشرعية ، تأليف الاستاذ محمد أحمد العمر ص ١٠ .

(٢) التطبيقات الشرعية والصكوك للاستاذ محمد أحمد العمر ص ١٦ - ٢٠ .

— ٦١٢ —

للطوائف المسيحية والموسوية رقم ٣٣ لسنة ١٩٤٧ ، يصدر أيضاً قانون أصول المحاكمات للطوائف المسيحية والموسوية رقم ١٠ لسنة ١٩٥٠ لتنظيم اجراءات التقاضي أمام هذه المحاكم الطائفية .

٥١٣ — والذميون ، في الوقت الحاضر ، في مسائل المعاملات ، الأحوال العينية ، يخضعون للمحاكم المدنية وما تطبقه من قوانين كالقانون المدني العراقي ، شأنهم في ذلك شأن المسلمين من العراقيين (١) . أما مسائل أحوالهم الشخصية ، فموزعة بين المحاكم الطائفية ، ومحاكم المواد الشخصية ، والمحاكم الشرعية . كما أن القانون الواجب التطبيق ليس واحداً ، فقد يكون القانون الديني للذمي ، وهذا هو ما تطبقه المحاكم الطائفية في الدعاوى التي من اختصاصها النظر فيها ، وقد يكون أحكام الشريعة الاسلامية ، وهذا ما تطبقه المحاكم الشرعية دائماً . أما المحاكم المدنية — محاكم المواد الشخصية — فقد تطبق القانون الديني للذمي وقد تطبق الشريعة الاسلامية أو غيرها حسب الأحوال ، كما سيأتي بيانه .

وأتكلم فيما يلي عن الاختصاص القضائي لهذه المحاكم بالنسبة للأحوال الشخصية للذمين ، والقانون الواجب التطبيق فيها .

١ — المحاكم الطائفية

٥١٤ — للمسيحيين واليهود ، دون غيرهم محاكم طائفية ، نص على تشكيلها قانون تنظيم المحاكم الدينية للطوائف المسيحية والموسوية رقم ٣٣ لسنة ١٩٤٧ . وقد اعتبر هذا القانون بمادته الثانية المسيحيين ثلاث طوائف ، واعتبر اليهود طائفة واحدة . وطوائف المسيحيين هي : الكاثوليك ، على اختلاف فرقهم ، والأرمن الأرثوذكس والسريان

(١) جاء في المادة ١٤ من القانون المدني العراقي : « يقاضى العراقي امام محاكم العراق عما ترتب في ذمته من حقوق حتى ما نشأ منها في الخارج » .

• الأرثوذكس (١)

إلا أن المحكمة الدينية للاسرائيليين ألغيت بعد هجرة اليهود الى فلسطين ، وأودعت قضايا اليهود الباقين في العراق الى المحاكم المدنية ، وذلك بموجب بيان وزير العدلية الصادر في ١٠/١١/١٩٥١ . وتختص كل محكمة من هذه المحاكم بالنظر في مسائل النكاح والصداق والطلاق والتفريق والنفقة الزوجية لأبناء الطائفة التي تعود اليها المحكمة (٢) . وتطبق هذه المحاكم في المسائل المذكورة ، القانون الديني للطائفة لا الأحكام التي نص عليها قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ (٣) .

(١) جاء في المادة الاولى من هذا القانون : « تنظم المحاكم المدنية للطوائف المسيحية والموسوية المنصوص عليها في المادة ٢ وفقاً للأحكام الواردة في هذا القانون » .
ونصت المادة الثانية منه على ما يأتي :
تنشأ حسب الحاجة محكمة طائفية من الطوائف الآتية :
اولاً - الكاثوليك على اختلاف فرقهم .
ثانياً - الأرمن الأرثوذكس .
ثالثاً - اليعاقبة الأرثوذكس .
رابعاً - الاسرائيليين .
وقد حذفت كلمة « اليعاقبة الأرثوذكس » ووضع مكانها « السريان الأرثوذكس » بموجب تعديل القانون المذكور بقانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٥٠ .

(٢) المادة ١٢ من القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٤٧ .

(٣) جاء في الفقرة الاولى من المادة التاسعة عشرة من قانون تنظيم المحاكم الدينية للطوائف المسيحية والموسوية : « على كل طائفة أن تدون باللغة العربية الاحكام والقواعد الفقهية التي تطبق في جميع الدعاوى المشار اليها في المادة ١٢ . . . الخ » . ونصت الفقرة الثانية من المادة الثانية من قانون الأحوال الشخصية العراقي على ما يلي : « تسري أحكام هذا القانون على العراقيين الا من استثنى بقانون خاص » . والطوائف المسيحية والاسرائيليون استثنوا بقانون خاص . وقد جاء في قرار لمحكمة تمييز العراق رقم ٦٠/٥٧ وبتاريخ ١٥/١٠/١٩٦٠

— ٦١٤ —

٥١٥ — وإذا اختلف طرفا العلاقة في الدين أو الطائفة أو الفرقة

فلأية محكمة ينعقد الاختصاص القضائي ؟ *

أما بالنسبة للكاثوليك فإن الاختصاص يبقى لمحكمة الكاثوليك، وإن اختلفت فرق الخصوم لأن المادة ١٧ من قانون تنظيم المحاكم الطائفية نصت في فقرتها الأولى على أنه : « يعين في المحكمة الطائفية للكاثوليك عضو من اللاتين وعضو من الكلدان وعضو من السريان وعضو من الروم وعضو من الأرمن » . ثم نصت الفقرة (ب) من هذه المادة على أنه : « وتؤلف هذه المحكمة من ثلاثة أعضاء يكون من بينهم على الأقل عضو من الفرقة التي تتبعها الخصمان إذا اتحدا فرقة فإن اختلفا الفت المحكمة من عضو من الفرقة التي ينتمي إليها المدعي وعضو من الفرقة التي ينتمي إليها المدعى عليه وعضو من فرقة ثالثة يختاره رئيس المنطقة العدلية في غضون ثمانية أيام من تاريخ مراجعته وتكون الرئاسة لهذا العضو الثالث » ومعنى هذا أن القانون لم يربأ أثراً مهماً على اختلاف فرق الخصوم الكاثوليك إذ أبقى الاختصاص لمحكمة الكاثوليك واكتفى بالنص على تأليف المحكمة على النحو الذي نص عليه . والظاهر أن الذي حملة على هذا النهج هو ضالة الفروق بين هذه الفرق . أما القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة فهو الأحكام الدينية للطائفة الكاثوليكية .

« بخصوص زوجين مسيحيين : « لدى التدقيق والمداولة من قبل الهيئة العامة وجد أن الأحكام التي انتظمها قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ تسري على العراقيين إلا من استثنى منهم بقانون خاص ، وحيث أن هناك قانوناً خاصاً مرقماً ٣٢ لسنة ١٩٤٧ أوجب تأسيس محاكم دينية للطوائف المسيحية والموسوية وبين اختصاصها وهي النظر في دعاوى النكاح والصداق والطلاق والنفقة الزوجية ، ومعنى ذلك أن هذه المواضيع بين ذوي العلاقة يجب أن تحسمها محكمة دينية للطائفة التي ينتمي إليها ذوو العلاقة » .

وأما بالنسبة لغير المسلمين من اليهود والمسيحيين اذا اختلفوا في الطائفة أو الدين ، فإن قانون تنظيم المحاكم الدينية للطوائف المسيحية والموسوية رقم ٣٢ لسنة ١٩٤٧ لم ينص على الجهة القضائية المختصة بالنظر في منازعاتهم . والظاهر أن الاختصاص القضائي يكون للمحاكم المدنية « محاكم المواد الشخصية » لأنها هي المحاكم المختصة أصلاً بمسائل الأحوال الشخصية لليهود والمسيحيين ولكن أخرج من اختصاصها دعاوى النكاح والصداق والطلاق والتفريق والنفقة الزوجية ، بالنسبة لليهود والمسيحيين وأودع النظر فيها الى المحاكم الطائفية . وهذه المحاكم الطائفية لا يثبت اختصاصها إلا اذا كان الخصوم جميعاً من الطائفة التي تعود اليها المحكمة ، وهذا هو المفهوم من المادة الثانية عشرة من قانون تنظيم المحاكم الدينية للطوائف المسيحية والموسوية ، فقد جاء في هذه المادة : « تنظر المحاكم والمجالس الطائفية في الدعاوى الآتي ذكرها الخاصة بالعراقيين المنتمين الى الطائفة التي تخصص لها المحكمة ... » . فإذا ما انعقد الاختصاص القضائي لمحكمة المواد الشخصية ، كما ذكرنا ، فأبي قانون تطبيق ؟ لم يصرح القانون بشيء ، والذي أراه ، في هذه الحالة ، هو تطبيق قانون طائفة الزوج وقت انعقاد الزواج ، قياساً على ما نص عليه قانون المحاكم الشرعية لسنة ١٩٢٣ بالنسبة للزوجين المسلمين اذا كان الزوج جعفرياً وقت عقد النكاح ، فقد جاء في المادة الخامسة من هذا القانون : « تحسم الدعاوى الآتية فقط بمقتضى الفقه الجعفري : ١ - الدعاوى المتعلقة بالنكاح والطلاق والمهر والحضانة والنفقة الزوجية أو التي يدفعها الأولاد الى أبويهم والوصايا على القصر والمناسبات الزوجية إن كان الزوج جعفرياً في وقت عقد النكاح ... » .

ب - محاكم المواد الشخصية

٥١٦ - وهذه المحاكم من محاكم البداءة وهي من المحاكم المدنية . وتختص بالنظر في مسائل الأحوال الشخصية للعراقيين غير المسلمين من يهود ومسيحيين عدا ما يدخل في اختصاص محاكمهم الدينية (١) . وتطبق هذه المحاكم في هذه المسائل قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ والمواد التي أشار إليها هذا القانون من القانون المدني العراقي (٢) . وتطبق الفقه الحنفي على قضايا وقوفهم (٣) ، باعتبار أن الشريعة الإسلامية هي صاحبة الولاية العامة على جميع مسائل الأحوال الشخصية لجميع العراقيين إلا ما استثنى بقانون خاص (٤) .

ج - المحاكم الشرعية

٥١٧ - تختص المحاكم الشرعية ، فضلاً عن اختصاصها الطبيعي بقضايا الأحوال الشخصية للمسلمين ، بقضايا الأحوال الشخصية إذا كان أحد طرفي الدعوى مسلماً (٥) ، كما لو كان الزوج مسلماً والزوجة

(١) الوجيز في المرافعات المدنية والتجارية لاستاذنا الدكتور صلاح الدين الناهي ص ٢٠٨ - ٢٠٩ . والدعوى التي تدخل في اختصاص محاكمهم الدينية هي دعوى النكاح والصداق والطلاق والتفريق والنفقة الزوجية . ويلاحظ هنا أن محاكم المواد الشخصية تختص أيضاً بالنظر في هذه الدعوى بالنسبة لطوائف اليهود والمسيحيين التي ليس لها محاكم دينية .

(٢) نص قانون الأحوال الشخصية العراقي في المادة ٧٣ على أنه : « تراعى في الوصية الأحكام الواردة في المواد من ١١٠٨ - ١١١٢ من القانون المدني » . ونص في المادة ٧٤ منه على أنه : « تسري الأحكام الواردة في المواد من ١١٨٧ - ١١٩٩ من القانون المدني في تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الشركة من عقارات ومنقولات » .

(٣) أحكام الأوقاف للاستاذ محمد شفيق العائلي رئيس محكمة تمييز العراق ص ٨ .

(٤) الأحوال الشخصية والتطبيقات الشرعية تأليف الاستاذ محمد أحمد العمر ص ٤٥١ .

(٥) التطبيقات الشرعية للاستاذ محمد أحمد العمر ج ٢ ص ٤٤٦ .

— ٦١٧ —

كتابية • والواقع أن اختصاص المحكمة الشرعية في هذه الحالة هو ما نص عليه الفقهاء جميعاً من مختلف المذاهب الاسلامية ، ولهذا لو أسلمت زوجة غير المسلم فإن دعوى التفريق تدخل في اختصاص المحكمة الشرعية ، وفي هذا قرار لمحكمة تمييز العراق في قضية خلاصتها أن يهودية أسلمت فأقام زوجها اليهودي الدعوى في المحكمة الشرعية السنية على زوجته طالباً التفريق بينهما ، فردت المحكمة الدعوى بحجة عدم الاختصاص ، فأقام الدعوى في محكمة المواد الشخصية فردتها بحجة عدم الاختصاص أيضاً ، فراجع محكمة التمييز طالباً تعيين مرجع دعواه — أي المحكمة المختصة بالنظر في دعواه — فأصدرت لجنة تعيين المرجع بمحكمة التمييز قرارها بتاريخ ١٩٥٣/١٢/٣٠ وبرقم ٣/تعيين مرجع/٥٣ ، وجاء فيه ما يأتي : « ترى اللجنة — لجنة تعيين المرجع بمحكمة تمييز العراق — أن اعتناق الزوجة الغير المسماة الديانة الاسلامية يوجب التفريق بينها وبين زوجها الغير المسلم الذي أصر على الاحتفاظ بدينه بعد أن يكلف شرعاً بلزوم اعتناق الديانة الاسلامية تبعاً لزوجته ، الأمر الذي كان يجب على قاضي المحكمة الشرعية اتباعه عند اصدار الحجة الشرعية بتأييد اعتناق الزوجة الديانة الاسلامية ، فذهوله عن ذلك في الحجة الشرعية التي أصدرها لا يؤثر على مرجع الدعوى وكونها من اختصاص المحكمة الشرعية ، لذلك قرر أن مرجع الدعوى هو المحكمة الشرعية السنية » •

وتختص المحاكم الشرعية أيضاً بالنظر في مسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين — من غير اليهود والمسيحيين — كالصابئة ^(١) وغيرهم •

(١) والمحكمة تمييز العراق قرار بذلك ، فقد جاء في حكم لها في القضية المرقمة ١٩٦٦/٢٨/ع/١٩٥٧ الصادر بتاريخ ١٩٥٨/١/٢٨ : « ... لذلك فان الاختلافات في الأحوال الشخصية التي تنشأ ما بين أفراد هذه الطائفة — أي الصابئة — يكون مرجع حسمها المحاكم الشرعية التي تطبق الأحكام الشرعية » •

— ٦١٨ —

وتختص المحاكم الشرعية أيضاً بدعوى الأحوال الشخصية لغير المسلمين التي تنظرها محاكمهم الدينية اذا غير أحد الخصوم ديارته الى الاسلام ، وهذا ما يؤيده شراح قانون المرافعات في العراق ^(١) وإن لم يوجد نص صريح في الموضوع .

وتطبق المحاكم الشرعية في جميع قضايا غير المسلمين ، التي تختص بالنظر فيها ، قانون الأحوال الشخصية العراقي في المسائل التي نص على أحكامها ، وفيما عدا ذلك تطبق الشريعة الاسلامية .

ثانياً - بالنسبة للمستأمنين

٥١٨ - للأجنبي في العراق حق اللجوء الى المحاكم العراقية لحمايته والمطالبة بالحكم له فيما يدعيه ، فهو في هذا الحق كالمواطن العراقي ^(٢) . ويخضع الأجنبي لولاية القضاء العامة ما دام موجوداً في العراق ، ويخضع أيضاً للقضاء العراقي ، في حالات خاصة ، حتى ولو لم يكن موجوداً في العراق ^(٣) . وتختص المحاكم المدنية بالنظر في مسائل أحواله العينية . وفي مسائل الأحوال الشخصية ، تختص محكمة المواد الشخصية بالنظر في مسائل الأحوال الشخصية للأجانب غير المسلمين ، وبالنسبة للمسلمين منهم أيضاً اذا كانوا لا يخضعون في بلادهم الى الأحكام

(١) مذكرات في شرح قانون المرافعات المدنية ، على الآلة النسخة ، للاستاذ ضياء شيت ص ٨٤ .

(٢) الوضع القانوني للأجانب في العراق - للاستاذ هادي الجاوشلي ص ٨٤ .

(٣) نصت المادة ١٥ من القانون المدني العراقي :
يقاضي الأجنبي أمام محاكم العراق في الأحوال الآتية :

أ - اذا وجد في العراق .
ب - اذا كانت المقاضاة في حق متعلق بمقار موجود في العراق او بمنقول موجود فيه وقت رفع الدعوى .
ج - اذا كان موضوع التقاضي عقداً تم إبرامه في العراق وكان واجب التنفيذ فيه أو كان التقاضي عن حادثة وقعت في العراق .

— ٦١٩ —

الشرعية في مسائل أحوالهم الشخصية بل يخضعون لأحكام قانون مدني كالمسلمين في تركيا • أما المسلمون الذين تسري في بلادهم الأحكام الفقهية الإسلامية في مسائل أحوالهم الشخصية فإن المحاكم الشرعية هي التي تختص بالنظر في قضاياهم بقدر ما يدخل في اختصاصها من هذه القضايا (١) •

أما عن القانون الواجب التطبيق على قضايا الأجانب فإن المحكمة الشرعية تطبق على قضاياهم التي تختص بالنظر فيها قانون الأحوال الشخصية فيما نص عليه ، وأحكام الشريعة الإسلامية في المسائل التي لم ينص على أحكامها هذا القانون أو قانون غيره • وتطبق المحاكم المدنية القانون الذي تشير اليه قواعد الإسناد العراقية التي نص عليها القانون المدني العراقي في المواد من ١٧ — ٣٣ • ويستثنى من تطبيق القانون الأجنبي أحكامه المخالفة للنظام العام ، وعلى هذا نصت المادة ٣٣ من القانون المدني العراقي اذ جاء فيها : « لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي قرره النصوص السابقة اذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب في العراق » •

لِبَحْثِ الثَّالِثِ

المطبق في السعودية

بالنسبة للدميين والمستأمنين

٥١٩ — تختص المحاكم الشرعية في العربية السعودية بالنظر في

(١) الفقرة الثانية من المادة الثانية من قانون الأحوال الشخصية للأجانب رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ • والوجيز في المرافعات المدنية والتجارية لاساتذنا الدكتور صلاح الدين الناهي ص ٢٠٨ •

جميع القضايا ، وبالنسبة لجميع الأشخاص المقيمين في اقليمها ، فلا فرق بين سعودي وأجنبي في الخضوع لولاية القضاء العامة في البلاد السعودية ^(١) . وتطبق المحاكم الشرعية الشريعة الاسلامية في جميع القضايا التي تنظرها ، سواء كانت من قضايا الأحوال الشخصية أو غيرها ، وهذا ما نص عليه نظام تركيز مسؤوليات القضاء الشرعي لسنة ١٣٧٢ هـ ^(٢) . والمقصود بالشريعة الاسلامية ، التي تطبقها المحاكم الشرعية في البلاد السعودية ، هو المذهب الحنبلي ، المذهب الرسمي في هذه البلاد ^(٣) .

وتتبع هذه المحاكم من حيث أصول المحاكمات ، الأصول الشرعية ، وقد صدرت عدة أنظمة تنظم أمور التقاضي أمام هذه المحاكم وتبين كيفية النظر في الدعوى من حين قيدها في المحكمة الى حين صدور الحكم فيها . ومن هذه الأنظمة نظام المرافعات الشرعية الصادر سنة ١٣٥٥ هـ ، ونظام تنظيم الأعمال الادارية في الدوائر الشرعية الصادر سنة ١٣٧٢ هـ . ويلاحظ أن المحاكم الشرعية - وهي المختصة بالنظر في معاملات الأجانب وقضاياهم - لا تشترط رضا الخصمين بالترافع أمامها حتى تحكم في النزاع ، وهذا في الحقيقة خروج على المقرر في المذهب الحنبلي حيث يشترط هذا المذهب اتفاق الخصمين المستأمنين على رفع دعواهما الى القاضي المسلم حتى يستطيع أن ينظر فيها كما بينا من قبل ^(٤) . والحقيقة أن مذهب الحنابلة في هذه المسألة مرجوح ، وأن الراجح هو القول باختصاص القاضي المسلم بالنظر في جميع القضايا ، ومنها قضايا المستأمنين ، دون توقف على رضا المدعى عليه ، كما بينا من قبل ^(٥) .

- (١) الاوضاع التشريعية في الدول العربية ، ماضيها وحاضرها ، للدكتور صبحي محمصاني ص ٣٢٥ وما بعدها .
- (٢) أنظر المواد : ٢ ، ١٥ ، ٢٣ ، ٢٥ ، ٥٢ ، ٨٢ من نظام تركيز القضاء الشرعي لسنة ١٣٧٢ هـ .
- (٣) الدكتور صبحي محمصاني ، مؤلفه السابق ، ص ٣٣٦ .
- (٤) فقرة ٤٨٣ ص ٥٧٠ من هذه الرسالة .
- (٥) فقرة ٤٨٧ ص ٥٧٣ من هذه الرسالة .

وهذا ما تدير عليه المحاكم في العربية السعودية في الوقت الحاضر ، ونص عليه نظام تنظيم الأعمال الادارية في الدوائر الشرعية ، فيكفي أن يرفع المدعي دعواه الى المحكمة المختصة لتتظر فيها وتدعو المدعي عليه للحضور ^(١) ، واذا لم يحضر دون أن ييدي معذرة مشروعة فإن المحكمة تنظر الدعوى وتسمع البينة وتصدر الحكم في غيابه ^(٢) .

والى جانب المحاكم الشرعية العامة ، توجد محاكم خاصة ، أهمها المجلس التجاري في جدة ، ومجلس إدارة ينبع . فالأول يختص في جميع المنازعات والقضايا التي تحدث بين التجار أو من يمتن الأعمال التجارية كالدلاية والصيرفة ، وكذلك يختص هذا المجلس بالنظر في جميع الخصومات التي تحدث بين الشركات على اختلاف أنواعها . ويطبق المجلس التجاري في جدة النظام التجاري الصادر سنة ١٣٥٠ هـ . أما مجلس إدارة ينبع فهو يقوم بوظيفة المحكمة التجارية في ينبع ويطبق النظام التجاري المذكور ، وتميز أحكامه أمام المجلس لتجاري في جدة ^(٣) .

-
- (١) المادة ٣ من نظام تنظيم الأعمال الادارية في الدوائر الشرعية : على المحكمة أن تشعر المدعى عليه بالحضور في الوقت المعين لسماع الدعوى عليه ، وعلى المدعى عليه الحضور في الوقت الذي تحدده بدون تأخير .
- (٢) المادتان ٢٦ ، ٢٧ من النظام المذكور .
- (٣) الاوضاع التشريعية في الدول العربية ، المرجع السابق ، ص ٣٣٠ وما بعدها .

الخلاصة

بعض اوصاف الشريعة الاسلامية :

الشريعة الاسلامية قامت على أساس القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة ، وكلاهما وحي من الله تعالى : الأول باللفظ والمعنى ، والثاني بالمعنى دون اللفظ .

وهي شريعة عامة لجميع البشر ، شاملة لجميع شؤونهم وأحوالهم ، خالدة لا يلحقها نسخ ولا تبديل لأنها خاتمة الشرائع ومصالحة لكل زمان ومكان لأن الله تعالى اذ جعلها خاتمة الشرائع ، جعل أحكامها وقواعدها وأصولها كافية وافية لكل زمان ومكان فلا تضيق بحاجات الناس وما يستجد من أمورهم وأحوالهم ، غايتها إيصال الناس الى سعادتهم في الدنيا والآخرة .

هجر الشريعة الاسلاميه :

وقد كان لاحكام الشريعة الاسلامية السيادة في التطبيق قرونا عديدة فما وجد الناس في هذه القرون حاجة الى تشريع آخر ولا ضيقا في تطبيقها ، بل كان في ذلك التطبيق تحقيق العدل بين الناس ورعاية مصالحهم المشروعة . ثم أصاب تطبيق أحكام الشريعة الاسلامية الكماش شيئا فشيئا ، وهجرها المسلمون هجرا غير جميل وأخذوا يستعيزون عنها بالتشريعات الوضعية الغربية « وهم يخسبون أنهم يحسنون صنعا » (١) . وساعد على هذا الهجر أسباب كثيرة ليس هنا محل تفصيلها ، وفاتهم أنهم يستبدلون الذي هو أدنى بالذي هو خير ، وأن

(١) سورة الكهف ، ج ١٦ ، الآية ١٠٤ .

— ٦٢٣ —

فعلهم هذا لا يجوز شرعاً لأن الله تبارك وتعالى يقول : « ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون » . وهكذا انهزم المسلمون تشريعياً ، باختيارهم ، كما انهزموا عسكرياً في أكثر من بلد من بلاد الاسلام . وهم وإن ردوا هزائمهم العسكرية وطهروا أكثر بلادهم من الاحتلال الأجنبي العسكري ، إلا أنهم لم يفكروا في هزيمتهم في مجال التشريع ، بل لا يزالون يعتقدون أن تولية وجوههم شطر القوانين الغربية ، وهجر شريعتهم الاسلامية ، هو الحق عين الحق ، وهذه هي المصيبة الكبرى .

أمل ورجاء :

ولكن ، مع هذا كله فنحن لا نياس ولا تقنط من رجعة المسلمين الى أحكام شريعتهم ^{فيما لم يبدوا} وببدا ما يحالفها ، لأن الحق لا بد أن يعلم ، وان المسلمين لا بد ان يستيقظوا ويدركوا مدى تفريطهم في جنب شريعتهم . ومما يشجعنا على هذا الأمل ، ما نراه من إنتاج وافر في الفقه الاسلامي يقدمه علماء مسلمين ورجال الفكر والقانون في الجمهورية العربية المتحدة وغيرها من بلاد الاسلام ، مما سيكون له — إن شاء الله تعالى — الأثر الكبير في تكوين رأي عام اسلامي يدعو الى الأخذ بأحكام الشريعة الاسلامية وتشريع القوانين على أساسها .

وأهل العلم ، اليوم ، مدعون الى مضاعفة الجهد في التأليف والإنتاج في مجالات الشريعة ، ومدعون الى المناداة بضرورة تطبيق الشريعة وجعلها أساساً لكل تقنين ، اذ بهذا يؤدون واجبة نحو الاسلام ويقدمون خدمة جليلة للمسلمين وللناس جميعاً ، لأن أحكام الشريعة الاسلامية — فضلاً عن أنها واجبة التطبيق في دار الاسلام شرعاً — فانها في ذاتها أصلح من غيرها وأوفى بحاجات الناس من سواها ، لأنها قامت على أساس وحي الله ، والله أعلم بما يصلح لعباده « ألا يعلم من خلق وهو اللطيف الخبير » (١) .

(١) سورة تبارك ، ج ٢٩ الآية ١٤ .

نتائج أبحاث الرسالة :

والآن وقد انتهت من أبحاث الرسالة — بعد إفراغ الوسع وبذل الطاقة — أستطيع أن اسجل النتائج التالية التي توصلت إليها أو ظهرت لي في أثناء البحث :

١ — ان الشريعة الاسلامية منذ نشأتها اتخذت العقيدة الاسلامية أساساً لبناء المجتمع واقامة الدولة وتقسيم الناس .. ورفضت بشدة ووضوح أي أساس آخر تقوم عليه كالجنس واللون .. وعلى هذا الأساس الفكري الذي جاءت به صار الناس في نظرها صنفين : مسلمين وغير مسلمين . وصارت الديار : دار اسلام ودار غير اسلام .

ومسلك الشريعة هذا هو المسلك السديد القويم الذي يسع الناس جميعاً ولا يضيق بأحد ، فكل انسان يستطيع بمحض ارادته واختياره أن يكون في هذا الصنف أو ذاك . أما الجنس أو اللون فلا يصلح واحد منهما أن يكون أساساً معقولاً لتقسيم البشر وبناء المجتمع ، فضلاً عن كلا منهما بطبيعته ضيق لا يسع الخلق جميعاً ، فليس بمقدور أحد أن يكون من الجنس الذي يهواه بعد أن وجد نفسه منسوباً الى جنس آخر سواء ...

٢ — ودار الاسلام ، أو دولة الاسلام ، وهي البلاد التي يحكمها المسلمون وتسود فيها أحكام الاسلام ، وإن قامت على أساس الاسلام ، إلا أنها ما ضاقت بغير المسلمين بل وسعتهم وفتحت أبوابها لهم فكان منهم الذميون والمستأمنون ..

٣ — أما الذميون فهم غير المسلمين الذين ارتبطوا مع الدولة الاسلامية بعقد الذمة الذي يتولى إبرامه الامام أو نائبه . وقد رجحت أن الذمة يجوز عقدها لجميع أصناف غير المسلمين

— ٦٢٥ —

إذا ما رغبوا في ذلك صراحة أو دلالة ، ولا يجوز رد طلبهم إلا لمانع .
وهذا في الحقيقة يدل على مدى تسامح الدولة الإسلامية مع غير المسلمين
واتساعها لهم .

فإذا ما أبرم عقد الذمة صار غير المسلم مواطناً في الدولة الإسلامية ،
وحمل جنسيتها ، ولهذا يقول الفقهاء عن الذميين « انهم من أهل دار
الاسلام » . فعقد الذمة هو أساس اكتساب الذمي جنسية دار الاسلام .
والدخول في الذمة اصاله أو تبعاً — على النحو الذي بينته في موضعه —
يشبه كسب الجنسية في الوقت الحاضر بطريق التجنس أو بالتبعية أو
بحكم القانون . . . وعلى هذا فإن ما تضعه الدول الإسلامية في الوقت
الحاضر من شروط لكسب جنسيتها ، يعتبر — بقدر ما يتعلق الأمر
بالأجنبي غير المسلم — لا يخالف ، في نظري ، الشرع الاسلامي ، لأن
عقد الذمة — وهو بمثابة التجنس — يقوم على الرضا صراحة أو
افتراضاً ، وللدولة الحق في أن ترسم الكيفية التي ينكشف فيها هذا
الرضا ، ولا تكون ملزمة بجميع ما ذكره الفقهاء من قرائن ودلائل على
الرضا ، كشراء المستأمن أرضاً خراجية أو بقاءه أكثر من سنة في دار
الاسلام .

وعقد الذمة قد ينتقض ويؤول ، فليس في الدنيا شيء خالد . . .
وأسباب انتقاضه محل اختلاف بين الفقهاء ، فأكثرهم قد توسعوا فيها ،
حتى أن بعضهم اعتبر من أسباب النقض أن يقذف الذمي مسلماً أو يرتكب
بعض الجرائم . وقد رجحت قول الأخناف في حصر أسباب النقض
بثلاثة أشياء : اسلام الذمي ، أو لحاقه بدار الحرب ، أو ارتكابه جريمة
البنفي ضد الدولة الإسلامية . وما عدا هذه الأسباب فيعتبر من الجرائم
التي يعاقب عليها ولا علاقة لها بنقض الذمة .

— ٦٢٦ —

وقد لاحظت أن الفقهاء المسلمين صرحوا بأن نقض الذمة يقتصر على من قام فيه سبب النقض دون من يتبعه فيها من زوجة أو ولد صغير ، وهذا يدل على مدى تمسك الدولة الاسلامية بالعدل وبالمبدأ الاسلامي العظيم « ألا تزر وازرة وزر أخرى » •

ونقض الذمة يترتب عليه بداهة انقطاع صلة الذمي بالدولة الاسلامية وفقده الجنسية الاسلامية ، وهذا يشبه فقد الجنسية في الدول الحديثة ومنها الاسلامية ، فكل الدول الحديثة تنص قوانينها على فقد الجنسية في حالات معينة •

٤ — أما المستأمنون فهم الأجانب عن دار الاسلام ، وإن كانوا فيها ، فليسوا هم بمسلمين ولا ذميين ، وإنما يدخلون دار الاسلام بأمان يعطوه من الدولة الاسلامية أو من آحاد المسلمين • ومنح الأمان يجوز قصره على الامام — الحكومة — بأن ينهى المواطنين عن التأمين ويكون نهيه ملزماً لا تجوز مخالفته وإذا خالفه أحد كان تأمينه باطلاً ، وهذا ما رحته ، وهو ما ينبغي أن يكون عليه الحكم الفقهي في الوقت الحاضر ، لأن تنظيم الدول الحديثة يتطلب قصر التأمين على ولي الأمر دون احاد المواطنين • فضلاً عن أن الأمان للأجنبي أمر يتعلق بصميم شؤون الدولة ومصالحها العامة ، فما ينبغي لأحد أن يستبد دون ولي الأمر بهذا الأمر الخطير • ويذكر قولنا هذا أن العمل في الوقت الحاضر ، على هذا القول ، في جميع الدول الاسلامية بلا استثناء ، فالدولة هي وحدها وعن طريق سلطاتها المختصة تمنح الأمان — سمة الدخول — للأجانب إذا أرادوا الدخول الى اقليمها •

والأمان للأجنبي قد يفترض اعطاؤه من قبل الدولة الاسلامية لجريان العرف به كما في أمان الرسول والتاجر • والدول الحاضرة تجري عليه فيما يخص الرسول في أوقات الحروب •

— ٦٢٧ —

وينتفض الأمان بخروج المستأمن من دار الاسلام ، أو إذا رأى الإمام تقضه دفعاً لمفسدة بقاءه ، وهذا ما تجري عليه الدول في الوقت الحاضر ، فلها أن تبعد الأجنبي عن أراضيها إذا وجدت ما يدعو الى هذا الاجراء .

٥ — والذمي في الحقوق والواجبات ، كالمسلم ، كقاعدة عامة ، فلا يختلف معه إلا فيما يتنى على العقيدة . ونطاق هذا الاختلاف ضيق جداً ، ولا ينبغي أن يثير أي استغراب ، فالدول الحديثة قد تفرق بين رعاياها في بعض الحقوق لأسباب تراها صالحة لهذا التفرق كما بينته في موضعه . فالدولة الاسلامية إذن لم تخرج عن هذا النهج سوى أنها أقامت هذه التفرقة على أساس العقيدة في الأمور المبنية عليها ، نظراً لالتزامها بمقتضيات العقيدة لأنها دولة اسلامية .

٦ — والمستأمن ، في الحقوق والواجبات كالذمي ، كقاعدة عامة . ومصدر تمتعه بهذه الحقوق هو القانون الداخلي للدولة الاسلامية أي الشريعة الاسلامية نفسها . وهذا خلاف الرأي السائد بين الدول في الوقت الحاضر ، ومؤداه ان تمتع الأجنبي بالحقوق ، حق مقرر له مصدرة القانون الدولي العام ، فيتعين على كل دولة أن تعترف للأجنبي بالحقوق في اقليمها بقدر معقول عادل .

وقد لاحظت أن جعل الشريعة الاسلامية هي مصدر تمتع المستأمن بالحقوق ، هو أقوى ضماناً للمستأمن نفسه ولحقوقه ، لأن الشريعة الاسلامية قررت للمستأمن حقوقاً كثيرة وأوجبت حماية نفسه وماله كما بينته في موضعه . وهذه الحقوق تبقى واجبة الوفاء ولا يجوز للدولة الاسلامية أن تحيد عنها ولو لم تراها دولة هذا الأجنبي ، بل ولو حمل هذا الوفاء الدولة الاسلامية العنت والأذى ، ولهذا نص الفقهاء على حكم رائع جداً فقالوا لا يجوز للدولة الاسلامية تسليم

المستأمن الى دولته بدون رضاه ولو على سبيل مفادة أسير مسلم به ، رعاية لحقه في الحماية من قبل الدولة الاسلامية ، بل قالوا لا يجوز للدولة الاسلامية تسليمه ولو هددتها دولته بإعلان الحرب عليها اذا أبت تسليمه (١) .

٧- وفي الحقوق السياسية ، يتمتع الذمي بما يسمى بحق التوظيف ولا يختلف مع المسلم في هذا الحق إلا بمقدار ضئيل ، وهذا يدل على مدى تسامح الدولة الاسلامية مع الذميين ، فهي وان كانت دولة عقيدة وفكرة إلا أنها فسحت المجال للذميين للمساهمة في ادارة شؤون الدولة ، وهذا أقصى ما يتصوره انسان منصف من تسامح كريم يمكن أن تقوم به دولة فكرية نحو المخالفين لها في العقيدة والفكرة ، ولا نجد له نظيراً في الماضي والحاضر ، فالدول الشيوعية مثلاً لا تتصور انها تعهد بوظائفها العامة الى غير الشيوعيين .

وهذا الإتجاه من الدولة الاسلامية كان واضحاً الى درجة أن بعض المؤرخين الغربيين قال : « من الأمور التي نعجب لها كثرة عدد العمال والمتصرفين غير المسلمين في الدولة الاسلامية » (٢) .

وبالنسبة لحق الانتخاب والترشيح ، رجحت أن الذمي في الوقت الحاضر له ان يساهم في انتخاب رئيس الجمهورية في الدول الاسلامية التي تأخذ بهذا النظام ، لأن رئاسة الجمهورية ليست هي الخلافة التي يتحدث عنها الفقهاء ويشترطون الاسلام فيمن تسند اليه أو فيمن يشترك في انتخابه .

وكذلك رجحت جواز مساهمة الذمي في انتخاب أعضاء مجلس الأمة وفي ترشيح نفسه لعضوية هذا المجلس ، لأن العضوية فيه تتضمن

(١) فقرة ١٠٦ ص ١١٨ من هذه الرسالة .

(٢) فقرة ٦٥ ص ٨١ - ٨٢ من هذه الرسالة .

إبداء الرأي وتقديم الاقتراحات والمشورة وما الى ذلك من الأمور
الدنيوية ، والذمي غير ممنوع منها .

٨ — واما بالنسبة للمستأمن ، فالأصل عدم تمتعه بالحقوق
السياسية لأنه أجنبي عن دار الاسلام ، وإن كان الفقهاء لم ينصوا صراحة
على منعه من اشغال وظائف الدولة .

٩ — وفي مجال الحقوق العامة ، يتمتع الذمي بأنواع هذه الحقوق،
إلا انه ليس له السكن بأرض الحجاز — وهي مكة والمدينة وما
جاورهما كالطائف — وهذا ما ذهب اليه جميع الفقهاء ، والحكمة في
هذا المنع — على ما أرى — هو وجود أماكن العبادة فيها التي يقصدها
المسلمون ، فنزلوا الحجاز كله منزلة المساجد فمنعوا غير المسلم من
استيطانه . ومهما يكن السبب ، فليس السكن بالحجاز بالشيء
الضروري للذمي ، والدول الحديثة قد تمنع جميع رعاياها من السكن
أو الإقامة في بعض الأماكن لأغراض عسكرية أو غيرها .

ويتمتع الذمي بحرية العقيدة طبقاً للمبدأ الشرعي العظيم « لا إكراه
في الدين » وقد طبقت الدولة الإسلامية هذا المبدأ تطبيقاً دقيقاً ، وأخذ
به الفقهاء ، حتى ان الشافعي يقول — في مسألة اسلام أحد الزوجين —
لا يعرض الاسلام على الزوج الآخر « لأن فيه تعرضاً لهم وقد ضمنا
بعقد الزمة ألا تتعرض لهم » . فيرد الحنفية بقولهم : يعرض الاسلام
عليه لمصلحة من غير إكراه ^(١) . فالشافعي لا يقول بعرض الاسلام
— مجرد العرض — على غير المسلم ، مخافة أن يكون في هذا العرض تعرض
للذمي في أمر العقيدة ، فيسارع الأحناف ويقولون انهم يعرضون عليه
الاسلام بلا إكراه . وهذا يدل دلالة واضحة على مدى استمسك الدولة

(١) الزيلعي ج ٢ ص ١٧٤ .

الاسلامية وفقهاء المسلمين بحرية العقيدة وعدم إكراه غير المسلمين على تغيير عقيدتهم •

ومن الحقوق العامة للذمي ، تمتعه بكفالة بيت المال عند الحاجة والعوز ، وهذا ما دلت عليه سيرة عمر بن الخطاب — وهو رئيس الدولة الاسلامية — وسيرة عمر بن عبدالعزيز الخليفة العادل الفقيه — وعمل قادة الجيوش الاسلامية في زمن الصحابة وما سجلوه في عهودهم للذمين • وهذا في الحقيقة من أروع صور الضمان الاجتماعي الذي حقته الدولة الاسلامية حتى بالنسبة لغير المسلمين •

وفي بحث جواز اعطاء الذمي من الزكاة عند عدم وجود ما يكفي له في بيت المال ، وجدت الجمهور الأعظم من الفقهاء يمنعون منه ، وظفرت بقول للامام زفر بالجواز ، وهو قول الخوارج الاباضية عند تعذر اعطائها لمسلم ، وقد رجحت جواز اعطائها للذمي الفقير على سبيل التأليف على الاسلام ، واعطاؤه لهذا المعنى صرح به الزيدية •

١٠ — وبالنسبة للمستأمن ، يتمتع هو الآخر بالحقوق العامة كالذمي • ورجحت ان له التمتع بكفالة بيت المال لأن عون المحتاج من محاسن الاسلام ، والآثار النبوية تدل عليه ^(١) • وله أن يقيم في دار الاسلام المدة التي يحددها له الامام ، كما هو الشأن في الدول الحديثة في الوقت الحاضر، ويتمتع خلال اقامته بالحرية الشخصية بأنواعها ، إلا انه يجوز إخراجه اذا رأت الدولة ما يستدعي ذلك ، وهذا ما تجري عليه الدول في الوقت الحاضر •

وحق الأجنبي في الدخول الى دار الاسلام أقوى مما يقرره فقهاء القانون الدولي العام وهم يتكلمون عن حقوق الأجانب في الدول

(١) فقرة ١١٣ ص ١٢٧ — ١٢٨ من هذه الرسالة •

الحديثة . ذلك ان الدولة الاسلامية ملزمة بأن تسمح للأجنبي بالدخول الى دار الاسلام اذا كان قصده التعرف على شرائع الاسلام . وفي غير هذه الحالة يستحب السماح له بالدخول الى دار الاسلام حتى يطلع على نظام الاسلام ويخالط المسلمين وقد يدعوه ذلك الى الاسلام .

١١ — وفي مجال الحقوق الخاصة يتمتع الذمي بالحقوق العائلية والمالية ومباشرة سائر التصرفات مع المسلمين أو مع غير المسلمين ، فقد نص الفقهاء على ان « معاملة أهل الذمة جائزة وان كانوا يستحلون بيع الخمر والخنازير ويعملون بالربا » ^(١) . وحق الملكية لهم حق مضمون لا يجوز المساس به ، ولهذا نص الفقهاء على ان « حكم أموالهم حكم أموال المسلمين في حرمتها » ^(٢) .

١٢ — والمستأمن كالذمي في الحقوق الخاصة فله أن يباشر المعاملات المالية مع المسلمين وغيرهم ، فليس ممنوعاً على المسلمين التعامل مع المستأمنين بل هو أمر جائز ^(٣) . ولهم تملك المنقول والعقار بل وتملك عقار الغير — حتى لو كان مسلماً — بحق الشفعة ^(٤) . وهذا يدل على أن تمتع المستأمن بالحقوق الخاصة في دار الاسلام أوسع مدى مما يتمتع به الأجنبي في الدول الحديثة ، اذ غالباً ما تضع هذه الدول قيوداً على تملك العقارات من قبل الأجانب .

إلا أن الأجنبي ممنوع من الخروج بالمواد التي فيها تقوية لدول دار الحرب إلا اذا كان قد دخل بها فيسمح له بالخروج بها . والدول الحديثة تمنع تصدير ما ترى المصلحة في عدم تصديره .

(١) فقرة ١١٦ ص ١٣٠ — ١٣١ من هذه الرسالة .

(٢) فقرة ١١٦ ص ١٣١ من هذه الرسالة .

(٣) فقرة ١١٧ ص ١٣١ من هذه الرسالة .

(٤) فقرة ١١٧ ص ١٣٢ من هذه الرسالة .

١٣ — وفي بحث الجزية ، وهي واجب مالي على الذمي نحو الدولة ، خرجت بثلاث نتائج مهمة :

أ — رجحت أنها وجبت بدلاء عن حماية الدولة الاسلامية للذمي نظراً الى اغفائه من واجب الدفاع عن دار الاسلام رعاية له وعناية به .
ولهذا تسقط عنه اذا لم تستطع الدولة حمايته .

ب — انها لم تفرض عليه عقوبة على بقاءه على الكفر كما صرح كثير من الفقهاء ، لأن هذا الادعاء لا يتفق وقوله تعالى « لا إكراه في الدين » ولأنها لو فرضت عقوبة على بقاء الذمي على دينه لما نجا منها أحد من أهل الذمة وفرضت حتى على المرأة وهم لا يقولون بالجزية عليها .
ج — انها تسقط اذا قام الذمي بالدفاع عن دار الاسلام أو استعده ، وهذا ما استخلصته من السوابق التاريخية في صدر الاسلام .

١٤ — وفي بحث الخراج ، وهو في الأصل واجب مالي يؤديه الذمي الى الدولة الاسلامية عن أرضه الخراجية ، خرجت بجملة نتائج مهمة ، منها :

أ — ان القواعد الأساسية في الضريبة التي قال بها علماء المالية في العصر الحديث ، وهي العدالة ، والوضوح ، والملائمة ، والاقتصاد ، متحققة في ضريبة الخراج .

فقاعدة العدالة تظهر في أن مقدار الخراج يتعين بما يناسب طاقة الأرض ، ويثبت بالتمكن من الانتفاع بالأرض ويسقط عند تعذر الانتفاع بالأرض ويسقط عند تعذر الانتفاع واستحالاته أو بهلاك الزرع ، وينقص اذا كانت الغلة لا تكفي الا للخراج .

وتظهر قاعدة الوضوح في تحديد مقدار الخراج تحديداً بيناً واضحاً لا غموض فيه فلا يلتبس الأمر على المكلف ، ويعرف ما يجب عليه .
وتظهر قاعدة الملائمة في أن جباية الخراج تكون وقت حصاد

— ٦٣٣ —

الزراع وجنيه •

وتظهر قاعدة الاقتصاد في إنكار الفقهاء اسلوب بيع الخراج لقاء مبلغ يدفعه المشتري على أن يقوم هو بجباية الخراج •
 ب — ان مقدار هذه الضريبة ليس حكماً شرعياً لا تجوز مخالفته بل هو متروك لولي الأمر حسب اجتهاده على ان يلاحظ في تقديره الخراج العدل وطاقاة الأرض وعدم ارهاق المكلف •
 ١٥ — وفي بحث العشور — وهي الضرائب التجارية — خرجت بجملة نتائج منها :

أ — ان هذه الضريبة لم تستعمل فقط للغرض المالي ، وإنما استعملت لأغراض أخرى كالتوجيه الاقتصادي ، وهذا ما لاحظته في سياسة عمر بن الخطاب حيث أنقص هذه الضريبة الى النصف بالنسبة للمستأمنين الذين يجلبون الطعام الى المدينة تشجيعاً لهم على جلبه • وهذا ما تأخذ به الدول في الوقت الحاضر حيث تخفض سعر الضريبة على الأموال التي تريد الدولة زيادة استيرادها •

ب — ان الدولة الاسلامية أخذت بقاعدة المعاملة بالمثل في فرضها الضرائب التجارية على المستأمنين وهذا ما تأخذ به الدول الحديثة في الضرائب الكمركية •

ج — ان للدولة الاسلامية في الوقت الحاضر ان تنظم هذه الضريبة وجبايتها بالكيفية التي تراها ملائمة لهذا العصر ولا تنقيد بالتنظيم الذي ذكره الفقهاء •

د — وقد جريني الكلام عن « العشور » الى الكلام عن مدى حق الدولة الاسلامية في فرض الضرائب على المواطنين من مسلمين أو ذميين ، تأميناً لسد حاجاتها من المال • وقد رجحت جواز هذا الأمر ، فللدولة

— ٦٣٤ —

الاسلامية أن تفرض الضرائب على المواطنين بالقدر الذي تحتاجه ، لأن الاسلام يأمر بإقامة دولة اسلامية ، والمال ضروري لكل دولة ، فإذا لم تف الموارد ، التي نص عليها الفقهاء ، لتسيير أمور الدولة وشؤونها ومصالحها ، كان لها أن تفرض الضرائب المناسبة على المواطنين ، لأن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب . كما ان جواز فرض الضرائب عند الحاجة يجد له سنداً من قاعدة المصالح المرسلة ، وقيام المجتمع في الدولة الاسلامية على أساس التعاون بين المواطنين الى غير ذلك من المبررات التي ذكرتها .

١٦ — والقاعدة في الأحكام الجنائية سريانها على جميع الجرائم في دار الاسلام سواء كان مرتكبها مسلماً أو ذمياً أو مستأمناً . لأن الجرائم فساد في الأرض ، والشرعة تكره الفساد وتمنعه فكان لا بد من العقاب دفعا لهذا الفساد . ولأن الأصل في الشرعة العموم في حق الكافة ، وللدولة الاسلامية الولاية التامة على اقليمها مما يجعل تنفيذ أحكام الشرعة ممكناً . ولأن الذمي التزم بالذمة أحكام الاسلام ، وكذا المستأمن باعطائه الأمان التزم هذه الأحكام ما دام في دار الاسلام .

وقد يمتد القانون الجنائي الاسلامي الى الخارج فيحكم جرائم المسلمين والذميين ، لأن المسلم باسلامه التزم أحكام الاسلام أينما كان ، وكذا الذمي بعقد الذمة التزم أحكام الاسلام أينما كان ، ولا تنفك عنهم ولاية الدولة الاسلامية ما دام السبب — من اسلام أو ذمة — قائماً .

١٧ — وفي جرائم الذميين والمستأمنين ضد أمن الدولة وسلامتها ، كقطع الطريق ، والبني والتجسس ، رجحت القول بعدم انتقاض عهدهم بها . ولكن ، أرى ، بالنسبة للمستأمن أن يعاقب أولاً ثم يخرج من دار الاسلام ولا يسمح له بالعودة مرة أخرى .

— ٦٣٥ —

١٨ - وفي بحث جرائم الاعتداء على النفس خرجت بنتائج منها :
أ - يقتص من الذمي للمستأمن خلافاً لأبي حنيفة ومحمد ، لأن
المستأمن معصوم الدم وقت قتله وهذا يكفي لوجوب القصاص
على الذمي •

ب - يقتل الرجل الذمي بالمرأة الذمية ولا يدفع أولياؤها الى أولياء
القاتل شيئاً خلافاً للشيعة الامامية وبعض الزيدية • وحجتنا قول الله
تعالى « النفس بالنفس » ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قتل يهودياً
بجارية ، ولأن العلماء أجمعوا على عدم جمع الدية مع القصاص ، ولأن
المرأة نفس محترمة معصومة الدم كالرجل فيقتل بها ولا يدفع الى
أولياؤه شيء •

ج - رجحت قتل المسلم بالمستأمن ، وهذا قول أبي يوسف دون
غيره من الفقهاء • والدليل على هذا الترجيح من وجوه كثيرة منها :
قصر مفهوم الحديث الشريف « لا يقتل مسلم بكافر » على عصر النبي
صلى الله عليه وسلم لأن المستأمنين ما كانوا يتميزون عن الحريين ،
ولأن مقتضى الأمان حماية المستأمن وهذه الحماية تقتضي الاقتصاص
من قاتله ولو كان مسلماً ، ولأن مقتضيات السياسة الشرعية في الوقت
الحاضر تقتضي الاقتصاص من المسلم للمستأمن ، وأخيراً فإن باب التعزير
يتسع لما رجحته •

هـ - ورجحت مساواة دية غير المسلم لدية المسلم بدلالة القرآن ،
وبآثار رويت بهذا المعنى وإن كان في بعضها ضعف •

١٩ - وفي جرائم الزنى والسرقة ، رجحت القول بإقامة الحد على
المستأمن اذا زنى أو سرق ، خلافاً لمن قال بعدم اقامة العقوبة عليه بحجة
ان هذه العقوبة من حق الله ، والمستأمن ما التزم حقوق الله ، لأن هذه
الحجة ضعيفة ، لأن حق هو حق المجتمع ، ومن رعاية هذا الحق معاقبة

— ٦٣٦ —

الجنابة ولو كانوا مستأمنين تطهيراً للجتمع من الفساد .
ولأن أحكام العقوبات اقلية التطبيق تسري على جميع من في دار
الاسلام ، ولأن المستأمن التزم أو الزم بهذه الأحكام وأمكن التنفيذ
لعموم الولاية فيجب التنفيذ .

٢٠ — وفي الأحوال الشخصية تبين لي أن أكثر أحكامها عند
المسيحيين والاسرائيليين شبيه بما هو مقرر في الفقه الاسلامي أو قريب
منه . والخلاف ، في الحقيقة ، إنما هو في الطلاق وفي بعض مسائل
الزواج بالنسبة للمسيحيين .

ففي الطلاق لا يجوز إيقاعه بمحض ارادة الزوج ومشيتته عند
جميع المذاهب المسيحية — وإنما يقع التطليق بحكم من المحكمة عند
وجود أسبابه ، ما عدا الكاثوليك فلا يقع عندهم طلاق ولا تطليق .
والاسرائيليون يجوزون وقوع الطلاق بمحض ارادة الزوج .

وفي الزواج مسائل تتفق أحكامها مع الفقه الاسلامي ، ومسائل
تختلف أحكامها معه . فمن الأولى بعض ما يشترط لانعقاد الزواج
وصحته عند المسيحيين والاسرائيليين كشرط الرضا وحضور الشهود
وعدم حرمة المحل لمدة أو قرابة مجرمة . ومن المسائل عند المسيحيين
المختلفة أحكامها مع الفقه الاسلامي مسألة تعدد الزوجات ، فهي جائزة
في الشريعة الاسلامية وغير جائزة عند المسيحيين بخلاف الاسرائيليين
اذ يجوزون التعدد كما ذكرنا في موضعه .

ومع هذا فاني أرى من المستطاع توحيد الأحكام بالنسبة للمسلمين
وغير المسلمين في مسائل الأحوال الشخصية ، وأرى ضرورة هذا التوحيد
بعد ان توحدت جهات القضاء في الجمهورية العربية المتحدة . ولكن
يجب أن يكون هذا التوحيد على أساس الشريعة الاسلامية بمختلف
مذاهبها دون تقييد بالمذهب الحنفي . وأرى ان هذا التوحيد « فيما عدا

الطلاق وبعض مسائل الزواج » سوف لا يمس عقائد غير المسلمين بشيء ولا يتعارض مع ما قرروه من أحكام .

وفي الطلاق وبعض مسائل الزواج يمكن أن نجد في الفقه الاسلامي آراء توافق ما عند المسيحيين . من ذلك ما ذهب اليه الظاهرية والمالكية من عدم وقوع طلاق غير المسلم ، فلا بأس من تقنين هذا الرأي الفقهي عند توحيد أحكام الأحوال الشخصية بالنسبة للمسلمين وغير المسلمين وجعله مقصوراً على المسيحيين دون غيرهم .

وعند الزيدية لا يجوز النكاح مع اختلاف الدين ، فإذا قنن هذا الرأي كان تقنيناً مستساغاً لأنه رأي اجتهادي يسوغ الأخذ به ، ويكون موافقاً لما عند المسيحيين والاسرائيليين .

أما المسائل التي يختلف حكمها عند غير المسلمين مع المقرر في الفقه الاسلامي بجميع مذاهبه ، فاني لا أرى مخالفة الفقه الاسلامي ، وإنما ننظر الى هذه المسائل فإن كانت من المختلف فيها بين المذاهب المسيحية ، وهي مقتبسة من القوانين الوضعية ، كالتبني وحرمة النكاح بسبب القرابة المتأنتية منه ^(١) ، فاني أرى عدم الأخذ بهذه المسائل اتباعاً للشريعة الاسلامية . أما اذا كانت هذه المسائل ، المختلف فيها مع الشريعة الاسلامية ، تعتبر عند الذميين من مسائل العقيدة ، كحرمة تعدد الزوجات بالنسبة للمسيحيين ، فاني أرى من الممكن إيجاد حل مناسب لها عند توحيد الأحكام ، كأن ينص على أن الشرط لصحة تعدد الزوجات إباحته في ديانة الزوجين .

(١) التبني من أنظمة القانون الروماني ، وتختلف الكنائس في اعتبار القرابة الناشئة منه كمائع من موانع الزواج ، فالكنيسة القبطية الارثوذكسية تجعل هذه القرابة القانونية مانعاً من موانع الزوج . وكنيسة الروم الارثوذكسية ، وكذا كنيسة الارمن الارثوذكسية ، قصرنا مانع التبني على الزواج بين المتبني والمتبني . والكنيسة الانجيلية لم تنص على التبني كمائع من موانع الزواج . وعند الكاثوليك لا يعتبر التبني مانعاً من الزواج الا اذا كان القانون الوضعي يجعله مانعاً : نمر وحشبي ص ٢٠٧ - ٢٠٨ .

— ٦٣٨ —

٢١ — والقاعدة العامة في المعاملات المالية ، هي ان غير المسلمين كالمسلمين في أحكام هذه المعاملات • ولا يرد على هذه القاعدة إلا استثناءات قليلة جداً ليست هي محل اتفاق بين الفقهاء ، والراجح قول من لم يستثن من هذه القاعدة شيئاً عدا مسألة جواز تعاملهم بالخير والخير رعاية لما يدينون به •

٢٢ — وفي بحث مدى خضوع الذميين والمستأمنين لولاية القضاء العامة في دار الاسلام ترجح عندنا خضوعهم لها دون شرط رضا الخصمين بالتراجع بل يكفي رفع المدعي دعواه الى القاضي • وهذا هو المتفق وسيادة الدولة وعموم ولايتها وطبيعة القضاء والنظر في الخصومات ، وهو ما يدل عليه القرآن الكريم وأمره بلزوم الحكم بين غير المسلمين • اما رجوع الذميين الى رؤسائهم الذميين في خصوماتهم ، فهذا في رأيي ، يحمل على سبيل التحكيم لا القضاء الملزم ، ويحمل عليه أيضاً ما ورد عن الحنفية من جواز تقليد الذمي القضاء على الذميين ، فليس في دار الاسلام تعدد في جهات القضاء بل هي واحدة بالنسبة للجميع من مسلمين وغير مسلمين ، ووطنيين وأجانب ، فالدولة الاسلامية أخذت منذ نشوئها بمبدأ اقليمية القضاء ووحدته ، وهذا المبدأ في الحقيقة من مظاهر سيادة الدولة وعموم ولايتها •

٢٣ — والأحكام المقررة لغير المسلمين في جميع مسائلهم ، هي أحكام الشريعة الاسلامية ، فهي القانون الواجب التطبيق في قضايا الذميين والمستأمنين ، وهذا ما صرح به جميع الفقهاء بلا استثناء وهو الصواب • وعموم الشريعة في التطبيق في دار الاسلام يقوم على اعتبارات كثيرة ، منها : عموم الشريعة في حق الناس كافة ، وامكان تنفيذها في دار الاسلام لعموم الولاية ، ولأن عقد الذمة يقتضي التزام الذمي بأحكام

— ٦٣٩ —

الاسلام ، وكذا الامان بالنسبة للمستأمن يقتضي التزامه بأحكام الاسلام . وأيضاً فإن الاسلام دين وقانون ودولة وسيادة ، والدين ممثل في العقيدة والعبادة ، لا يسري إلا على المؤمنين بالاسلام . والقانون ممثل بأحكام المعاملات بمعناها الواسع يسري على جميع سكان دار الاسلام لما للدولة من سيادة وولاية .

والشريعة الاسلامية وإن كانت هي القانون الواجب التطبيق في قضايا غير المسلمين ، إلا انها راعت عقيدة غير المسلمين في المسائل المتعلقة بها الى المدى الذي رأته واجب الرعاية ، كما في إقرار غير المسلمين على أنكحتهم دون تعرض لهم ، وإقرارهم عليها بعد الترافع وان لم يتوافر فيها شروط الصحة كما لو جرت بدون شهود . وأحكام هذه المسائل التي روعي فيها جانب العقيدة تعتبر من أحكام الشريعة الاسلامية نفسها وتطبق على هذا الأساس .

وبوحدة القانون الاسلامي ووحدة القضاء في دار الاسلام يتحقق للشريعة الاسلامية مقومات القانون الاقليمي ، وتتحقق للدولة الاسلامية السيادة التامة على اقليتها وعلى من في هذا الاقليم .

اعتذار :

والآن وقد انتهيت من سرد نتائج أبحاث الرسالة ، فاني لا اعتبر الجهد العظيم الذي بذلته ، والتعب المتواصل الذي تحملته — مدة أربع سنوات قضيتها في إعداد هذه الرسالة — إلا شيئاً قليلاً في حق الشريعة الاسلامية . واني ، بعد ذلك كله ، اعتذر الى القارئ الكريم عما قد يكون في الرسالة من نقص أو خطأ بما روى الامام المزني عن الامام الشافعي ، وبما قال العماد الأصفهانى :
قال الامام المزني : « قرأت كتاب الرسالة على الشافعي ثمانين

— ٦٤٠ —

مرة ، فما من مرة إلا وكان يقف على خطأ ، فقال الشافعي : هيه
أبي الله أن يكون كتاب صحيحاً غير كتابه » (١) .

وقال العماد الأصمعي : « إني رأيت أنه لا يكتب إنسان كتاباً في
يومه إلا قال في غده : لو غيرَ هذا لكان أحسن ، ولو زيد كذا لكان
يستحسن ، ولو قدّم هذا لكان أفضل ، ولو ترك هذا لكان أجمل .
وهذا من أعظم العبر ، وهو دليل على إستيلاء النقص على جملة
البشر » (٢) .

وصلّى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم .
والحمد لله رب العالمين .

-
- (١) مجلة « المسلمون » المجلد السابع ، عدد شوال سنة ١٣٨١ هـ
ص ١٠٧ .
(٢) الأحوال الشخصية في الفقه الاسلامي للدكتور محمد يوسف
موسى ص ٨ .

مُراجِعُ الرِّسَالَةِ

أولاً - كتب التفسير

١ - أحكام القرآن - للإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي المتوفى سنة ٢١٤ هـ - الطبعة الأولى بالقاهرة سنة ١٣٧١ هـ - ١٩٥٢ م.
وقد جمعه أبو بكر أحمد بن الحسين البيهقي النيسابوري صاحب السنن الكبرى المتوفى سنة ٤٥٨ هـ .

٢ - تفسير الطبري - جامع البيان عن تأويل آي القرآن - للإمام أبي جعفر محمد بن جرير الطبري المتوفى سنة ٣١٠ هـ ، الطبعة الثانية سنة ١٣٧٣ هـ ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بالقاهرة .

٣ - أحكام القرآن - للإمام أبي بكر أحمد بن علي الرازي المشهور بالجصاص ، المتوفى سنة ٣٧٠ هـ ، مطبعة الأوقاف الإسلامية في دار الخلافة العلية بالإستانة سنة ١٣٣٥ هـ .

٤ - أحكام القرآن - للقاضي أبي بكر محمد بن عبد الله بن محمد المعروف بابن العربي الأندلسي المالكي ، المتوفى سنة ٥٤٢ هـ ، مطبعة السعادة بالقاهرة ، الطبعة الأولى سنة ١٣٣١ هـ .

٥ - تفسير القرطبي - الجامع لأحكام القرآن - لأبي عبد الله محمد ابن أحمد الأنباري القرطبي المتوفى سنة ٧٦١ هـ ، مطبعة دار الكتب المصرية بالقاهرة ، الجزء الخامس طبع سنة ١٣٥٢ هـ ، والجزء السادس سنة ١٣٥٧ هـ ، والثامن سنة ١٣٥٨ هـ .

٦ - التفسير الكبير - للإمام الفخر الرازي ، الجزء ان : الحادي عشر والثاني عشر ، المطبعة البهية المصرية بالقاهرة سنة ١٣٥٧ هـ - ١٩٣٨ م .

— ٦٤٢ —

٧ — تفسير ابن كثير — للامام اسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي المتوفى سنة ٧٧٤ هـ ، مطبعة مصطفى محمد بالقاهرة سنة ١٣٥٦ هـ —
١٩٣٧ م •

٨ — الناسخ والمنسوخ — للامام أبي جعفر محمد بن أحمد بن اسماعيل الصفار المرادي المصري المعروف بأبي جعفر النحاس ، المتوفى سنة ٣٣٨ هـ ، مطبعة السعادة بجوار محافظة مصر ، الطبعة الأولى سنة ١٣٢٣ هـ •

٩ — روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني — لأبي الفضل شهاب الدين السيد محمود الآلوسي البغدادي ، المتوفى سنة ١٢٧٠ هـ ، طبع ادارة الطباعة المنيرية بمصر •

١٠ — مجمع البيان في تفسير القرآن — للشيخ أبي علي الفضل ابن الحسن الطبرسي من أكابر علماء الشيعة الامامية في القرن السادس الهجري ، طبع ونشر على ثقة أصحاب دار الفكر ودار الكتاب اللبناني في بيروت سنة ١٩٥٧ م •

١١ — تفسير المنار — للمرحوم محمد رشيد رضا ، مطبعة المنار بالقاهرة ، الطبعة الأولى سنة ١٣٣٠ هـ •

١٢ — البيان في تفسير القرآن — للمجتهد السيد أبي القاسم الموسوي الخولي ، الجزء الأول ، المطبعة العلمية في النجف — العراق سنة ١٣٧٧ هـ — ١٩٥٧ م •

ثانياً — كتب الحديث ، وفقهه ، والتعريف برجاله وقواعده :

١٣ — ارشاد الساري لشرح صحيح البخاري — للعلامة القسطلاني الشافعي المتوفى سنة ٩٢٣ هـ • المطبعة الميمنية بمصر سنة ١٣٠٧ هـ

— ٦٤٣ —

وطبعة سنة ١٣٢٦ هـ • والامام البخاري هو أبو عبدالله محمد بن اسماعيل الجعفي البخاري المتوفى سنة ٢٥٦ هـ •

١٤ — شرح النووي على صحيح مسلم — مطبوع على حاشية ارشاد لشرح صحيح البخاري السالف الذكر • والامام مسلم هو أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري المتوفى سنة ٢٦١ هـ • أما الامام النووي فهو محي الدين يحيى بن شرف بن مرئي بن حسن النووي المتوفى سنة ٦٧٦ هـ •

١٥ — صحيح الترمذي بشرح الامام ابن العربي المالكي — ويسمى هذا الشرح عند علماء الحديث بعارضة الأحوذى شرح صحيح الترمذي، للقاضي ابن العربي المالكي ، المطبعة المصرية بالأزهر — القاهرة ، الطبعة الأولى سنة ١٣٥٠ هـ • والامام الترمذي هو أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذي المتوفى سنة ٢٧٩ هـ •

١٦ — سنن النسائي بشرح الحافظ جلال الدين السيوطي ، المطبعة المصرية بالأزهر بالقاهرة • والنسائي هو أبو عبدالرحمن أحمد بن شعيب المتوفى سنة ٣٠٣ هـ • والسيوطي هو جلال الدين عبدالرحمن بن أبي بكر السيوطي المتوفى سنة ٩١١ هـ •

١٧ — سنن المصطفى لابن ماجه — المطبة التازية بمصر ، الطبعة الأولى سنة ١٣٤٩ هـ • وابن ماجه هو الامام محمد بن يزيد أبو عبدالله ابن ماجه القزويني المتوفى سنة ٢٧٣ هـ •

١٨ — مختصر وشرح وتهذيب سنن أبي داود للمنذري والخطابي وابن قيم الجوزية ، مطبعة السنة المحمدية بالقاهرة سنة ١٣٦٨ — ١٣٦٩ هـ • وأبو داود ، صاحب السنن ، هو سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني المتوفى سنة ٢٧٥ هـ •

— ٦٤٤ —

١٩ — بدائع المنن في جمع وترتيب مسند الشافعي والسنن —
والمسند والسنن للإمام الشافعي ، وقد جمعهما الشيخ أحمد عبدالرحمن
البناء ، ورتبهما وطبعهما تحت اسم بدائع المنن في جمع وترتيب مسند
الشافعي والسنن ، مطبعة دار الأنوار بمصر سنة ١٣٦٩ هـ .

٢٠ — مسند الامام أحمد — المطبعة الميمنية بمصر سنة ١٣١٣ هـ .
والامام أحمد هو أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني
المروزي البغدادي المتوفى سنة ٢٤١ هـ .

٢١ — الفتح الرباني لترتيب مسند الامام أحمد بن حنبل الشيباني —
للشيخ أحمد عبدالرحمن البناء ، مطبعة الاخوان المسلمين سنة ١٣٥٣ هـ
وما بعدها .

٢٢ — سنن الدرامي — مطبعة الاعتدال بدمشق سنة ١٣٣٩ هـ .
والدرامي هو أبو محمد عبدالله بن عبدالرحمن بن الفضل المتوفى
سنة ٢٥٥ هـ .

٢٣ — مسند الطيالسي — طبع في الهند مرتباً على أسماء الصحابة .
وقد رتبته الشيخ أحمد عبدالرحمن البناء حسب أبواب الفقه وسماه منحة
المعبود في ترتيب مسند الطيالسي أبي داود ، المطبعة الخيرية سنة
١٣٧٢ هـ .

٢٤ — الآثار — للإمام أبي يوسف يعقوب بن ابراهيم ، صاحب
أبي حنيفة ، المتوفى سنة ١٨٢ هـ ، مطبعة الاستقامة بمصر سنة ١٣٥٥ هـ .

٢٥ — سنن الدارقطني ، مطبعة الانصاري في دلهي بالهند سنة
١٣١٠ هـ . والامام الدارقطني هو علي بن عمر بن أحمد الدارقطني
المتوفى سنة ٣٨٥ هـ .

— ٦٤٥ —

- ٢٦ — تيسير الوصول الى جامع الأصول ، للإمام عبدالرحمن بن علي المعروف بابن الديبع الشيباني الزبيدي الشافعي المتوفى سنة ٩٤٤ هـ ، وقد اختصر به جامع الأصول لأحاديث الرسول للشيخ محمد بن محمد ابن عبدالكريم بن الأثير الجزري المتوفى سنة ٦٠٦ هـ . الجزء الأول ، المطبعة السلفية بمصر سنة ١٣٤٦ هـ .
- ٢٧ — نصب الراية لأحاديث الهداية — للإمام جمال الدين أبي محمد عبدالله بن يوسف الحنفي الزيلعي المتوفى سنة ٧٦٢ هـ ، مطبعة دار المأمون بالقاهرة ، الطبعة الأولى سنة ١٣٥٧ هـ — ١٩٣٨ م .
- ٢٨ — منتخب كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال — للشيخ علاء الدين علي بن حسام الدين الشهير بالمتقي الهندي ، وهو من رجال القرن العاشر ، مطبوع بهامش مسند الامام أحمد طبعة المطبعة الميمنية سنة ١٣١٣ هـ .
- ٢٩ — الجامع الصغير من حديث البشير النذير — للشيخ جلال الدين عبدالرحمن بن أبي بكر السيوطي المتوفى سنة ٩١١ هـ ، مطبعة حجازي بالقاهرة ، الطبعة الأولى سنة ١٣٥٢ هـ ، والطبعة الرابعة بمطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر سنة ١٣٧٣ هـ .
- ٣٠ — اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان . جمع محمد فؤاد عبدالباقي ، مطبعة دار احياء الكتب بالقاهرة ، سنة ١٩٤٩ م .
- ٣١ — شرح معاني الآثار ، للإمام أبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن سلمة الازدي الطحاوي الحنفي المتوفى سنة ٣٢١ هـ ، المطبعة الاسلامية في كلكتا بالهند سنة ١٣٧٥ هـ .
- ٣٢ — أقضية الرسول صلى الله عليه وسلم — للشيخ عبدالله محمد

— ٦٤٦ —

ابن فرج المالكي القرطبي المتوفى سنة ٦٧١ هـ ، مطبعة دار احياء الكتب العربية بالقاهرة سنة ١٣٤٦ هـ .

٣٣ — الخراج للامام يحيى بن آدم القرشي المتوفى سنة ٢٠٣ هـ ، المطبعة السلفية بالقاهرة سنة ١٣٤٧ هـ .

٣٤ — الاموال للامام أبي عبيد القاسم بن سلام المتوفى سنة ٢٢٤ هـ ، المطبعة العامرية بالقاهرة سنة ١٣٥٣ هـ .

٣٥ — زاد المعاد في هدي خير العباد — للامام ابن قيم الجوزية ، المطبعة المصرية بمصر ، الطبعة الأولى سنة ١٣٤٧ هـ .

٣٦ — نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار — للشيخ محمد بن علي بن محمد الشوكاني اليمني الصنعائي المتوفى سنة ١٢٥٥ هـ ، المطبعة العثمانية بمصر سنة ١٣٥٧ هـ .

٣٧ — سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام — للشيخ الامام محمد بن اسماعيل اليمني الصنعائي المتوفى سنة ١١٨٢ هـ ، مطبعة محمد علي صبيح بالأزهر بمصر . وهو شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام لابن حجر العسقلاني .

٣٨ — خلاصة تذهيب الكمال في أسماء الرجال — للامام العلامة صفي الدين أحمد بن عبدالله الخزرجي الانصاري ، ولد سنة ٩٠٠ هـ ، المطبعة الخيرية في القاهرة ، الطبعة الأولى سنة ١٣٢٣ هـ .

٣٩ — طبقات المدلسين ، المسمى تعريف أهل التقديس بمراتب الموصوفين بالتدليس للشيخ الامام الحافظ أحمد بن علي بن محمد بن علي بن حجر العسقلاني المصري الشافعي المتوفى سنة ٨٥٢ هـ ، مطبعة محمد علي صبيح وأولاده بمصر .

— ٦٤٧ —

٤٠ — حسن الأثر في التعريف برجال الأثر — تأليف المرحوم أمين سرور ، مطبعة الشرق الاسلامية ، الطبعة الثالثة سنة ١٣٥٧ هـ .

٤١ — حسن الأثر فيما فيه ضعف واختلاف من حديث وخبر وأثر — تأليف محمد بن السيد درويش الحوت ، مطبعة الكشاف ببيروت سنة ١٣٥٣ هـ .

٤٢ — الحديث والمحدثون — تأليف الشيخ محمد محمد أبو زهو ، مطبعة مصر ، الطبعة الأولى سنة ١٣٧٨ هـ .

٤٣ — قواعد التحديث من فنون مصطلح الحديث للسيد جمال الدين القاسمي ، مطبعة ابن زيدون بدمشق سنة ١٣٥٣ هـ .

ثالثا — كتب الفقه

١ — فقه الحنفية

٤٤ — المبسوط — لشمس الأئمة أبي بكر محمد السرخسي ، مطبعة السعادة بمصر سنة ١٣٢٤ هـ . وهو شرح لكتاب الكافي للحاكم الشهيد الذي جمع فيه كتب ظاهر الرواية في الفقه الحنفي . وقد اختلف في تاريخ وفاة الامام السرخسي ، فعلى ما جاء في الجواهر المضية في طبقات الحنفية ، توفي في حدود ٤٩٠ هـ .

٤٥ — بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع — للامام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي الملقب بملك العلماء ، المتوفى سنة ٥٨٧ هـ ، المطبعة الجمالية بمصر ، الطبعة الأولى سنة ١٣٢٧ هـ — ١٣٢٨ هـ .

٤٦ — الهداية شرح بداية المبتدي — كلاهما تأليف شيخ الاسلام برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني المتوفى سنة ٥٩٣ هـ ، المطبعة الاميرية الكبرى ببولاق بمصر سنة ١٣١٥ — ١٣١٨ هـ .

— ٦٤٨ —

٤٧ — شرح العناية على الهداية — للامام آكل الدين محمد بن محمود البابر تي المتوفى سنة ٧٨٦ هـ ، مطبوع على هامش الهداية •

٤٨ — فتح القدير — تأليف الشيخ الامام كمال الدين المعروف بابن الهمام الحنفي المتوفى سنة ٨٦١ هـ مع تكملته (الجزء السابع والجزء الثامن) نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار للولي شمس الدين المعروف بقاضي زاده المتوفى سنة ٩٨٨ هـ • وفتح القدير وتكملته شرح على الهداية ، ومطبوع مع الهداية السابق ذكره •

٤٩ — حاشية المولى المحقق سعد الله بن عيسى المفتي ، الشهير بسعدي جلبي أو سعدي أفندي المتوفى سنة ٩٤٥ هـ ، على العناية شرح الهداية ، ومطبوع على هامش فتح القدير السابق ذكره •

٥٠ — رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار — للامام محمد امين الشهير بابن عابدين المتوفى سنة ١٢٥٢ هـ ، المطبعة العثمانية سنة ١٣٢٤ هـ •

٥١ — الدر المختار شرح تنوير الأبصار — تأليف الحصكفي المتوفى سنة ١٠٨٨ هـ ، مطبوع على هامش رد المحتار السابق ذكره ، وتنوير الأبصار للتمرتاشي •

٥٢ — شرح السير الكبير — للامام شمس الأئمة السرخسي الحنفي ، مطبعة دائرة المعارف النظامية بحيدر آباد بالهند ، الطبعة الأولى سنة ١٣٣٥ هـ • والسير الكبير للامام محمد بن حسن الشيباني صاحب أبي حنيفة المتوفى سنة ١٨٩ هـ •

٥٣ — الخراج — للامام أبي يوسف يعقوب بن ابراهيم صاحب الامام أبي حنيفة المتوفى سنة ١٨٢ هـ ، المطبعة السلفية بالقاهرة ، الطبعة الثانية سنة ١٣٥٢ هـ •

— ٦٤٩ —

- ٥٤ — أحكام الأوقاف — تأليف الامام أبي بكر أحمد بن عمر الشيباني المعروف بالخصاف المتوفى سنة ٢٦١ هـ ، مطبعة الأوقاف بمصر ، الطبعة الأولى سنة ١٣٢٢ هـ — ١٩٠٤ م .
- ٥٥ — جامع أحكام الصغار — للشيخ الامام مجد الدين أبي الفتح محمد بن محمود الاستروشني الحنفي المتوفى سنة ٦٣٢ هـ ، وهو مطبوع على هامش جامع الفصولين لابن قاضي سماوة الحنفي ، المطبعة الأزهرية ، الطبعة الأولى سنة ١٣٠٠ هـ .
- ٥٦ — اللباب في شرح الكتاب — للشيخ عبدالغني الميداني ، المطبعة المنيرية بالأزهر ، الطبعة الأولى سنة ١٣٧٤ هـ . وهو شرح على مختصر القدوري .
- ٥٧ — شرح السيد الشريف على السراجية — والسيد الشريف هو علي بن محمد الجرجاني المتوفى سنة ٨١٤ هـ . والسراجية كتاب في الفرائض تصنيف سراج الملة محمد بن محمد بن عبدالرشيد السجاوندي الحنفي ، طبع على نفقة فرج الله زكي الكردي بمصر .
- ٥٨ — حاشية الفناري على شرح السراجية — للعلامة محمد شاه ابن علي بن يوسف بن محمد الفناري المتوفى سنة ٩٢٩ هـ ، وهو مطبوع مع شرح السراجية السابق ذكره .
- ٥٩ — الفتاوى العالمانية ، المعروفة بالفتاوى الهندية — تأليف جماعة من علماء الهند الأعلام في القرن الحادي عشر للهجرة ، وكان رئيسهم الشيخ نظام ، وذلك بأمر السلطان أبي المظفر محيي الدين محمد أورنگ زيب بهادر عالم كير ، المطبعة الأميرية ببولاق مصر سنة ١٣١٠ هـ .
- ٦٠ — الفتاوى الخانية (فتاوى قاضي خان) — للامام فخر الملة

— ٦٥٠ —

والدين قاضي خان الفرغاني محمود الأوزجندی المتوفى سنة ٥٩٢ هـ ،
وهو مطبوع على هامش الفتاوى الهندية •

٦١ - الفتاوى البزازية - وتسمى بالجامع الوجيز - للشيخ
الامام حافظ الدين محمد بن محمد بن شهاب المعروف بابن البزاز
الكردي الحنفي المتوفى سنة ٨٢٧ هـ • وهو مطبوع على هامش الفتاوى
الهندية •

٦٢ - الفتاوى المهدية في الوقائع المصرية - لشيخ الاسلام ومفتي
الديار المصرية المرحوم الشيخ محمد العباس المهدي ، الجزء السابع ،
المطبعة الأزهرية بالقاهرة ، الطبعة الأولى سنة ١٣٠١ هـ •

٦٣ - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق - للامام فخر الدين عثمان
ابن علي الزيلعي الحنفي المتوفى سنة ٧٤٢ هـ ، المطبعة الكبرى الأميرية
ببولاق مصر ، الطبعة الأولى سنة ١٣١٥ هـ • وكتاب كنز الدقائق للامام
النسفي المتوفى سنة ٧١٠ هـ •

٦٤ - حاشية الامام شهاب الدين أحمد الشلبي على شرح الكنز
للزيلعي ، وهو مطبوع على هامش الشرح المذكور •

٦٥ - مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر - للشيخ عبدالرحمن
ابن الشيخ محمد بن سليمان المدعو بشيخ زادة والمعروف بداماد أفندي ،
طبع دار الطباعة العامرة بمصر سنة ١٣١٦ هـ • وملتقى الأبحر تأليف
الشيخ ابراهيم بن محمد بن ابراهيم الحلبي •

٦٦ - رمز الحقائق في شرح كنز الدقائق - للامام محمود بن
أحمد العيني ، المطبعة المصرية ببولاق سنة ١٢٨٥ هـ •

٦٧ - كشف الحقائق شرح كنز الدقائق - للشيخ عبدالحكيم

— ٦٥١ —

الأفغاني ، الجزء الثاني ، مطبعة الموسوعات بمصر سنة ١٣٣٢ هـ .

ب - فقه الشافعية

٦٨ - الأم للشافعي المتوفى سنة ٢٠٤ هـ - برواية الربيع بن سليمان المرادي ، مطبعة بولاق بمصر سنة ١٣٢١ - ١٣٢٥ هـ .

٦٩ - مختصر المزني - والمزني هو الامام ابراهيم بن اسماعيل ابن يحيى المزني المتوفى سنة ٢٦٤ هـ . وهو مطبوع على هامش كتاب الأم للامام الشافعي ، السالف الذكر .

٧٠ - المذهب للشيرازي - وهو الامام أبو اسحق ابراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي الشافعي المتوفى سنة ٤٧٦ هـ ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر سنة ١٣٤٣ هـ .

٧١ - الأحكام السلطانية والولايات الدينية للماوردي - وهو الامام أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي الشافعي المتوفى سنة ٤٥٠ هـ ، المطبعة المحمودية التجارية بمصر .

٧٢ - الوجيز في فقه الامام الشافعي - للامام الغزالي المتوفى سنة ٥٠٥ هـ ، مطبعة محمد مصطفى بمصر سنة ١٣١٨ هـ .

٧٣ - فتح العزيز شرح الوجيز ، مخطوط بمكتبة الأزهر تحت رقم ٥٧٢٦ فقه شافعي ، وهو شرح للعلامة ابن القاسم عبدالكريم بن محمد بن عبدالكريم المشهور بالرافعي ، المتوفى سنة ٦٢٣ هـ . والوجيز للامام الغزالي .

٧٤ - الأشباه والنظائر في الفروع - تأليف الامام جلال الدين عبدالرحمن بن أبي بكر السيوطي الشافعي المتوفى سنة ٩١١ هـ ، مطبعة مصطفى محمد بمصر سنة ١٣٥٩ هـ .

— ٦٥٢ —

٧٥ — حاشية البجيرمي على المنهج المسماة التجريد لنفع العبيد —
تأليف سليمان بن عمر بن محمد البجيرمي الشافعي المتوفى سنة ١٢٢١ هـ ،
على شرح منهج الطلاب للنووي • مطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر
سنة ١٣٦٩ هـ •

٧٦ — شرح منهج الطلاب — لشيخ الاسلام أبي يحيى زكريا
الأنصاري المتوفى سنة ٩٢٦ هـ ، وهو مطبوع على هامش حاشية
البجيرمي السالف الذكر • ومنهج الطلاب وشرحه كلاهما للأنصاري •
٧٧ — حاشية الشيخ محمد بن عمر البقري الشافعي على شرح
متن الرحبية في علم الفرائض للإمام سبط المارديني ، مطبعة مصطفى
البابي الحلبي بمصر سنة ١٣٤٢ هـ •

٧٨ — فتح القريب المجيب بشرح كتاب الترتيب — تأليف الامام
الشيخ عبدالله بن الشيخ بهاء الدين محمد الشنشوري الفرضي الشافعي •
المطبعة البهية بمصر سنة ١٣٠١ هـ •

٧٩ — شرح الرحبية — للشيخ رضي الدين أبي بكر بن أحمد
ابن عبدالرحمن السبتي • وهو مطبوع على هامش فتح القريب المجيب •
٨٠ — متن المنهاج — لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي المتوفى
سنة ٦٧٦ هـ ، مطبعة مصطفى محمد بمصر •

٨١ — مغني المحتاج الى معاني ألفاظ المنهاج — شرح الشيخ محمد
ابن أحمد الشربيني الخطيب المتوفى سنة ٩٧٧ هـ على متن المنهاج
للنووي • وهو مطبوع مع متن المنهاج السالف الذكر •

٨٢ — الاقتناع في حل ألفاظ أبي شجاع — للشيخ محمد بن أحمد
الشربيني الخطيب الشافعي ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر سنة

— ٦٥٣ —

١٣٥٩ هـ • والاقناع شرح لمختصر العلامة أحمد بن الحسين الشهير بأبي شجاع المسمى بغاية الاختصار •

٨٣ — تحفة المحتاج بشرح المنهاج — للامام شهاب الدين أحمد بن حجر الهيتمي الشافعي المتوفى سنة ٩٧٤ هـ ، مطبعة مصطفى محمد بمصر •

٨٤ — كتاب المذمة في استعمال أهل الذمة — تأليف الشيخ الامام أبي امامة محمد بن علي بن النقاش • وهو مصور مخطوط في دار الكتب المصرية تحت رقم ١٦٩٣ فقه شافعي • وقد جاء في آخر الكتاب انه تم سنة ٨٥٨ هـ •

٨٥ — نهاية المحتاج الى شرح المنهاج للعلامة شمس الدين بن شهاب الدين أحمد الرملي المتوفى سنة ١٠٠٤ هـ ، وهو شرح على المنهاج للنووي • مطبعة بولاق بمصر •

ج — فقه الحنابلة

٨٦ — المغني — تأليف الامام أبي محمد عبدالله بن أحمد بن قدامة المقدسي المتوفى سنة ٦٣٠ هـ • طبع ادارة المنار ، لأصحابها ورثة السيد محمد رشيد رضا ، الطبعة الثالثة سنة ١٣٦٧ هـ • وهو شرح لمختصر أبي القاسم عمر بن حسين بن عبدالله الخرقى •

٨٧ — كشف القناع عن متن الاقناع — للشيخ منصور بن ادريس الحنبلي المتوفى سنة ١٠٥١ هـ • المطبعة الشرقية بمصر • الطبعة الأولى سنة ١٣١٩ هـ ، ومتن الاقناع تأليف الشيخ شرف الدين أبي النجا المقدسي الحجاوي الصالحى الدمشقي •

٨٨ — شرح منتهى الارارات ، ويسمى أيضاً شرح المنتهى — للشيخ

— ٦٥٤ —

منصور بن يونس البهوتي الحنبلي • وهو مطبوع على هامش كشف
القناع السالف ذكره • وكتاب منتهى الارادات للامام محمد تقي الدين
الفتوح الحنبلي •

٨٩ — المحرر في الفقه على مذهب الامام أحمد بن حنبل — تأليف
الشيخ الامام مجد الدين أبي البركات المتوفى سنة ٦٥٢ هـ • مطبعة
السنة المحمدية سنة ١٣٦٩ هـ — ١٩٥٠ م •

٩٠ — الأحكام السلطانية — تأليف القاضي أبي يعلى محمد بن
الحسين الفراء الحنبلي المتوفى سنة ٤٥٨ هـ ، مطبعة مصطفى البابي
الحلبي ، الطبعة الأولى سنة ١٣٥٦ هـ •

٩١ — كشف المخدرات والرياض المزهرات شرح أخصر المختصرات
في فقه امام السنة أحمد بن حنبل ، تأليف العالم زين الدين عبدالرحمن
ابن عبدالله البعلي الدمشقي المتوفى سنة ١١٩٢ هـ ، المطبعة السلفية •
وكتاب أخصر المختصرات تأليف العلامة شمس الدين محمد بن بدر الدين
البلباني الدمشقي المتوفى سنة ١٠٨٣ هـ •

د — فقه المالكية

٩٢ — المدونة الكبرى — للامام مالك بن أنس ، برواية الامام
سحنون بن سعيد التنوخي عن الامام عبدالرحمن بن القاسم ، مطبعة
السعادة بالقاهرة سنة ١٣٢٣ هـ ، والمطبعة الخيرية بمصر ، الطبعة الأولى
سنة ١٣٢٤ هـ •

٩٣ — المقدمات المهدات — للامام أبي الوليد محمد بن أحمد بن
رشد ، المتوفى سنة ٥٢٠ هـ ، مطبعة السعادة بمصر سنة ١٣٢٥ •

٩٤ — بداية المجتهد ونهاية المقتصد — للامام القاضي أبي الوليد

— ٦٥٥ —

محمد بن أحمد القرطبي الأندلسي الشهير بابن رشد الحفيد المتوفى سنة ٥٩٥ هـ ، مطبعة أحمد كامل بدار الخلافة العلية سنة ١٣٣٣ هـ .

٩٥ — حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ، المطبعة الأزهرية بمصر سنة ١٣٤٥ هـ . والدسوقي هو شمس الدين محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي المتوفى سنة ١٢٣٠ هـ .

٩٦ — الشرح الكبير للدردير — مطبوع على حاشية الدسوقي السالف الذكر . والشرح الكبير هذا شرح على مختصر الامام الجليل أبي الضياء سيدي خليل المتوفى سنة ٧٧٦ هـ . والامام الدردير هو أبو البركات سيدي أحمد بن محمد العدوي المالكي الشهير بالدردير المتوفى سنة ١٢٠١ هـ .

٩٧ — بلغة السالك لأقرب المسالك لمذهب مالك ، تأليف العالم الشيخ أحمد الصاوي ، على الشرح الصغير للدردير ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر سنة ١٣٤٠ هـ .

٩٨ — شرح الخرشي — وهو شرح أبي عبدالله محمد الخرشي المتوفى سنة ١١٠١ هـ ، على المختصر الجليل للامام أبي الضياء سيدي خليل ، مطبعة بولاق بالقاهرة الطبعة الثانية سنة ١٣١٧ هـ .

٩٩ — حاشية علي العدوي على شرح الخرشي ، وهو مطبوع مع شرح الخرشي السالف الذكر .

١٠٠ — الشرح الصغير للدردير — وهذا شرح لمختصره المسمى بأقرب المسالك لمذهب مالك . وهو مطبوع على هامش بلغة السالك لأقرب المسالك السالف الذكر .

١٠١ — تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام — للامام

— ٦٥٦ —

ابن فرحون المالكي المتوفى سنة ٧٩٩ هـ ، وهو مطبوع على هامش
فتح العلي المالك للشيخ عيش بمطبعة مصطفى محمد بالقاهرة سنة
١٣٥٥ هـ .

١٠٢ — شرح الزرقاني على موطأ الامام مالك للامام سيدي محمد
الزرقاني ، مطبعة مصطفى محمد بالقاهرة سنة ١٩٣٦ م . والزرقاني
هو الامام محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني .

١٠٣ — شرح عبد الباقي الزرقاني على مختصر الامام أبي الضياء
سيدي خليل ، المطبعة البهية المصرية سنة ١٣٠٧ هـ .

١٠٤ — مواهب الجليل لشرح مختصر أبي الضياء سيدي خليل —
تأليف أبي عبدالله محمد بن محمد بن عبدالرحمن ، المعروف بالحطاب
المتوفى سنة ٩٥٤ هـ ، مطبعة السعادة بمصر ، الطبعة الأولى سنة
١٣٢٨ هـ .

١٠٥ — التاج والاكلیل لمختصر خليل — تأليف أبي عبدالله سيدي
محمد بن يوسف الشهير بالمواق المتوفى سنة ٨٩٧ هـ ، المطبوع على
حاشية مواهب الجليل للحطاب .

١٠٦ — منح الجليل للشيخ محمد عيش ، وهو شرح على مختصر
الامام سيدي خليل .

١٠٧ — القوانين الفقهية . . في تلخيص مذهب المالكية لابن جزى —
مطبعة الأمنية بالرباط سنة ١٩٥٨ . وابن جزى هو أبو القاسم محمد
بن أحمد بن جزى الغرناطي المالكي . توفي شهيداً في واقعة طريف سنة
٧٤٦ هـ وكان مولده سنة ٦٩٣ هـ .

١٠٨ — كتاب البهجة في شرح التحفة (تحفة الحكام) لأبي الحسن

— ٦٥٧ —

علي بن عبد السلام التسولي المالكي فرغ من تأليفه سنة ١٢٥٦ هـ ، مطبعة الشرق بمصر سنة ١٣٤٠ هـ . والتحفة تأليف القاضي أبي بكر محمد ابن محمد بن عاصم الأندلسي المتوفى سنة ٨٢٩ هـ .

١٠٩ — الفروق — للامام شهاب الدين أبي العباس أحمد بن ادريس ابن عبد الرحمن المشهور بالقراقي ، وبهامشه تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية .

هـ — فقه الشيعة الامامية

١١٠ — جواهر الكلام — للعلامة الشيخ محمد حسين النجفي ، المجلد المطبوع سنة ١٢٨٧ هـ ، والمجلد المطبوع سنة ١٢٧٢ هـ ، طبع حجر في ايران .

١١١ — الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية — تأليف الشيخ زين الدين الجبجي العاملي المعروف بالشهيد الثاني ، قتل سنة ٩٦٥ هـ طبع بإيران سنة ١٢٧٨ هـ . واللمعة الدمشقية تأليف محمد بن جمال الدين مكي العاملي المعروف بالشهيد الأول قتل سنة ٧٨٦ هـ .

١١٢ — مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة — تأليف العلامة الفاضل محمد الجواد بن محمد بن محمد الحسيني العاملي ، مطبعة الشورى بمصر سنة ١٣٢٦ هـ .

١١٣ — الخلاف — تأليف الشيخ أبي جعفر محمد بن الحسن الطوسي المتوفى سنة ٤٦٠ هـ ، طبع بمطبعة المحكمة قرب قم بإيران على نفقة شركة دار المعارف الاسلامية .

١١٤ — المختصر النافع في فقه الامامية ، للشيخ جعفر بن الحسن الحلبي المتوفى سنة ٧٧١ هـ ، المعروف بالمحقق أو المحقق الحلبي ، مطبعة

— ٦٥٨ —

- وزارة المعارف بالقاهرة الطبعة الثانية سنة ١٣٧٨ هـ — ١٩٥٨ م •
 ١١٥ — سفينة النجاة — تأليف الشيخ أحمد آل كاشف الغطاء ،
 مطبعة الحيدرية بالنجف في العراق سنة ١٣٣٨ هـ •

و — فقه الظاهرية

- ١١٦ — الأحكام الجعفرية في الأحوال الشخصية — تأليف الشيخ
 عبدالكريم رضا الحلبي مطبعة حجازي بالقاهرة سنة ١٩٤٧ م •
 ١١٧ — المحلى — للإمام أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم
 المتوفى سنة ٤٥٦ هـ ، طبع ادارة الطباعة المنيرية بالقاهرة سنة ١٣٥٠ هـ —
 ١٩٥٢ م •

ز — فقه الزيدية

- ١١٨ — الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير — تأليف القاضي
 شرف الدين الحسين بن أحمد بن الحسين السياغي الحيني اليمني
 الصنعاني المتوفى سنة ١٢٢١ هـ ، مطبعة السعادة بمصر ، الطبعة الأولى
 سنة ١٣٤٧ هـ •

- ١١٩ — تنمة الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير — ويسمى
 بالجزء الخامس للروض النضير • وهو تأليف السيد العباس بن أحمد
 ابن ابراهيم اليمني ، مطبعة السعادة بمصر سنة ١٣٤٩ هـ •

- ١٢٠ — البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار — تأليف الامام
 المجتهد المهدي لدين الله أحمد بن يحيى المرتضى المتوفى سنة ٨٤٠ هـ •
 طبع الجزء ان الأول والثاني بمطبعة السعادة بمصر ، الطبعة الأولى سنة
 ١٩٤٧ — ١٩٤٨ م وطبعت بقية الأجزاء بمطبعة السنة المحمدية سنة
 ١٩٤٨ — ١٩٤٩ م •

— ٦٥٩ —

١٢١ — شرح الأزهار المنتزع من الغيث المدرار المفتاح لكمائ
الأزهار في فقه الأئمة الأطهار — للامام عبدالله بن أبي القاسم الشهير
بابن مفتاح • وكتاب الأزهار من تأليف الامام المهدي أحمد بن يحيى
المرتضى ، وقد شرحه بكتاب سماه بالغيث المدرار ، ثم شرحه جماعة
من العلماء بين مطول ومختصر ، وأعظم شروحه فحماً هو هذا الشرح
لابن مفتاح الذي انتزعه من الغيث المدرار « من مقدمة شرح الأزهار
ج ١ ص ٥٥ » • والامام المهدي توفي سنة ٨٤٠ هـ • وابن مفتاح توفي
سنة ٨٧٧ هـ •

ح — فقه الخوارج الإباضية

١٢٢ — شرح النيل وشفاء الليل — تأليف الشيخ محمد بن يوسف
اطفيش ، المطبعة السلفية سنة ١٣٤٣ هـ • والمتن للامام ضياء الدين
الشيخ عبدالعزيز بن ابراهيم الثميني الحفصي المتوفى سنة ١٢٢٣ هـ •

ط — الفقه العام

١٢٣ — اختلاف الفقهاء — للامام أبي جعفر محمد بن جرير
الطبري ، طبعة ليدن سنة ١٩٣٣ •

١٢٤ — كتاب الارشاد الى قواطع الأدلة في أصول الاعتقاد — لأمام
الحرمين الجويني ، مطبعة السعادة بمصر سنة ١٩٥٠ م • والجويني هو
الامام عبدالله بن يوسف الجويني •

١٢٥ — فتاوى ابن تيمية — للامام ابن تيمية ، مطبعة كردستان
العلمية بالقاهرة سنة ١٣٢٦ — ١٣٢٩ هـ • والامام ابن تيمية هو شيخ
الاسلام تقي الدين أبو العباس أحمد الحراني المعروف بابن تيمية المتوفى
سنة ٧٢٨ هـ •

— ٦٦٠ —

- ١٢٦ — مختصر الفتاوى المصرية لابن تيمية — تأليف الشيخ بدر الدين أبي عبدالله محمد بن علي الحنبلي المتوفى سنة ٧٧٧ هـ ، مطبعة السنة المحمدية سنة ١٣٦٨ هـ . والمؤلف اختصر فتاوى ابن تيمية ورتبها على أبواب الفقه وسماها مختصر الفتاوى المصرية لابن تيمية .
- ١٢٧ — الاختيارات لابن تيمية — وهي اختيارات الامام ابن تيمية في مسائل الفقه المختلفة وقد طبعت مع المجلد الرابع من فتاويه .
- ١٢٨ — السياسة الشرعية في اصلاح الراعي والرعية لابن تيمية — مطابع دار ، كشاف العربي بمصر ، الطبعة الثانية سنة ١٩٥١ م .
- ١٢٩ — الصارم المسلول على شاتم الرسول — لابن تيمية . مطبعة دائرة المعارف النظامية بحيدر آباد الدكن بالهند ، الطبعة الاولى .
- ١٣٠ — الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية — للعلامة شمس الدين أبي عبدالله محمد بن أبي بكر الشهير بابن قيم الجوزية المتوفى سنة ٧٥١ هـ ، مطبعة الآداب والمؤيد بمصر سنة ١٣١٧ هـ .
- ١٣١ — اغاثة اللفسان من مصائد الشيطان — للامام ابن قيم الجوزية ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر سنة ١٣٥٧ هـ .
- ١٣٢ — نقد العلم والعلماء أو تليس ابليس — للحافظ أبي الفرج عبدالرحمن بن الجوزي ، مطبعة السعادة بمصر سنة ١٣٤٠ هـ .
- ١٣٣ — الروضة الندية شرح الدرر البهية — للسيد صدّيق بن حسن بن علي الحسيني البخاري ، طبع ادارة الطباعة المنيرية بمصر .
- والدرر البهية تأليف محمد بن علي بن محمد الشوكاني .

ي — الكتب الفقهية الحديثة

- ١٣٤ — إرشاد الأمة الى أحكام الحكم بين أهل الذمة — تأليف

— ٦٦١ —

- الشيخ محمد بخيت المطيعي ، المطبعة الأدبية بمصر سنة ١٣١٧ هـ .
- ١٣٥ — حقيقة الاسلام وأصول الحكم للشيخ المرحوم محمد بخيت المطيعي ، المطبعة السلفية سنة ١٣٤٤ هـ .
- ١٣٦ — قانون العدل والإنصاف للقضاء على مشكلات الأوقاف — تأليف محمد قدرى باشا الطبعة الخامسة سنة ١٩٢٨ م .
- ١٣٧ — الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية على مذهب الامام أبي حنيفة — تأليف قدرى باشا . المطبعة العثمانية . الطبعة الأولى سنة ١٣٤٧ هـ .
- ١٣٨ — مباحث الوقف — تأليف محمد زيد الأياني . الطبعة الثالثة سنة ١٩٢٤ م .
- ١٣٩ — شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية — تأليف محمد زيد الأياني ، مطبعة الشعب بمصر ، الطبعة الأولى سنة ١٣٢١ هـ .
- ١٤٠ — الموارث علماً وعملاً — للمرحوم الشيخ أحمد ابراهيم ، طبعة ١٩٤٢ م بالقاهرة .
- ١٤١ — محاضرات عن فرق الزواج في المذاهب الاسلامية ، للاستاذ الشيخ علي الخفيف ، مطبعة الرسالة بمصر سنة ١٩٥٨ م .
- ١٤٢ — النياحة عن الغير في التصرف ، مذكرات لطلبة قسم الدكتوراه بكلية الحقوق بجامعة القاهرة ، للاستاذ الشيخ علي الخفيف ، مطابع دار الكتاب العربي سنة ١٩٥٤ — ١٩٥٥ م .
- ١٤٣ — الوقف — تأليف الشيخ عبدالجليل عبدالرحمن عشوب . مطبعة المعاهد الدينية بمصر . الطبعة الأولى سنة ١٩١٥ م .
- ١٤٤ — الفقه على المذاهب الأربعة (الجزء الرابع) — للشيخ

— ٦٦٢ —

عبدالرحمن الجزيري ، مطبعة دار المأمون بالقاهرة ، الطبعة الأولى
سنة ١٩٣٨ •

١٤٥ — مجموعة القوانين المصرية المختارة من الفقه الاسلامي ،
للشيخ محمد أحمد فرج السنهوري ، الجزء الثالث في قانون الوقف ،
طبعة ١٩٤٩ م بالقاهرة •

١٤٦ — كفاية المتخصصين « قسم الأفضية والمرافعات وما يتصل
بهما » للاستاذ الشيخ محمد أحمد فرج السنهوري ، مطبعة الشرق
سنة ١٩٣٤ م •

١٤٧ — مذكرة في دراسة الاجراءات والتمرينات القضائية والقضايا
ذات المبادئ ، لطلبة السنة الثانية من قسم إجازة القضاء الشرعي ،
للاستاذ الشيخ محمد أحمد فرج السنهوري ، طبع القاهرة سنة ١٩٤٢ —
١٩٤٣ م •

١٤٨ — محاضرات في تاريخ الفقه الاسلامي على طلبة السنة الثانية
بمعهد الشريعة الاسلامية بجامعة القاهرة سنة ١٩٥٧ — ١٩٥٨ م ، الشيخ
محمد أحمد فرج السنهوري •

١٤٩ — الجريمة والعقوبة في الفقه الاسلامي (القسم العام) —
للاستاذ الشيخ محمد أبو زهرة ، مطبعة مخيم بالقاهرة •

١٥٠ — أبو حنيفة — للاستاذ الشيخ محمد أبو زهرة ، مطبعة
دار الفكر العربي ، الطبعة الثانية •

١٥١ — شرح قانون الوصية المصري رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ م —
للاستاذ الشيخ محمد أبو زهرة ، الطبعة الثانية سنة ١٩٥٠ م •

١٥٢ — أحكام التركات والموارث ، للاستاذ الشيخ محمد أبو

— ٦٦٣ —

زهرة ، مطبعة مخير بالقاهرة سنة ١٩٤٩ م .

١٥٣ — الأحوال الشخصية (قسم الزواج) — للاستاذ الشيخ

محمد أبو زهرة ، مطبعة مخير بالقاهرة سنة ١٩٥٧ م .

١٥٤ — ترتيب الصنف في أحكام الوقوف — تأليف علي حيدر

أفندي أمين دار الفتوى بالمشيخة الاسلامية الاسلامية في الدولة العثمانية

(الاستاذة) ، الجزء الأول ترجمة آكرم عبد الجبار ومحمد أحمد العمر ،

مطبعة بغداد بالعراق ١٩٥٠ م .

١٥٥ — السياسة الشرعية أو نظام الدولة الاسلامية — تأليف

الشيخ المرحوم عبد الوهاب خلاف ، المطبعة السلفية سنة ١٣٥٠ هـ .

١٥٦ — التشريع الجنائي الاسلامي مقارناً بالقانون الوضعي —

للمرحوم عبدالقادر عودة ، مطبعة دار نشر الثقافة بالاسكندرية ، الجزء

الأول . الطبعة الأولى سنة ١٣٦٨ هـ .

١٥٧ — الأصول القضائية في المرافعات الشرعية — للاستاذ الشيخ

علي قراعة ، مطبعة النهضة بمصر ، الطبعة الثانية سنة ١٣٤٤ هـ .

١٥٨ — الوقف من الناحية الفقهية والتطبيقية — للاستاذ محمد

سلام مذكور ، مطبعة الفجالة الجديدة بمصر سنة ١٣٧٦ هـ .

١٥٩ — الزواج والفرقة وآثارهما للاستاذ محمد سلام مذكور —

مطبعة مصر في الخرطوم ١٩٥٧ م .

١٦٠ — الفقه الاسلامي (المدخل والأموال والحقوق والملكية

والعقود) — للاستاذ محمد سلام مذكور ، مطبعة الفجالة الجديدة

بمصر .

١٦١ — تاريخ التشريع الاسلامي — للاستاذ محمد سلام مذكور ،

— ٦٦٤ —

مطبعة لجنة البيان العربي ١٩٥٩ م •

١٦٢ — الوصايا في الفقه الاسلامي — للاستاذ محمد سلام

مذكور ، مطابع دار الكتاب العربي سنة ١٩٥٨ م •

١٦٣ — المقاصد في الفقه الاسلامي — للاستاذ محمد سلام مذكور ،

الطبعة الأولى بمطبعة الفجالة الجديدة سنة ١٣٧٦ هـ •

١٦٤ — المدخل للفقه الاسلامي للاستاذ محمد سلام مذكور ،

مطبعة الرسالة بمصر ، الطبعة الأولى سنة ١٣٨٠ هـ •

١٦٥ — جمال الدين الأفغاني باحث النهضة الفكرية في الشرق —

للاستاذ محمد سلام مذكور ، الطبعة الأولى سنة ١٩٣٧ •

١٦٦ — الموارث في الشريعة الاسلامية — للشيخ حسنين محمد

مخلف • الطبعة الثانية سنة ١٩٥٤ م • والناشر دار الكتاب العربي

بمصر •

١٦٧ — المعاملات في الشريعة الاسلامية والقوانين المصرية — تأليف

أحمد أبو الفتح • الطبعة الثانية سنة ١٩٢٢ م بالقاهرة •

١٦٨ — المدخل الفقهي العام الى الحقوق المدنية في البلاد العربية —

تأليف الاستاذ مصطفى احمد الزرقا • مطبعة الجامعة السورية • الطبعة

الثالثة سنة ١٣٧١ هـ •

١٦٩ — تحليل الأحكام — للاستاذ محمد مصطفى شلبي ، مطبعة

الأزهر سنة ١٩٤٧ م •

١٧٠ — أحكام الأحوال الشخصية في الفقه الاسلامي — للاستاذ

الدكتور محمد يوسف موسى ، مطابع دار الكتاب العربي بمصر سنة

١٣٧٨ هـ •

— ٦٦٥ —

- ١٧١ — النسب وآثاره — للاستاذ الدكتور محمد يوسف موسى ،
المطبعة العالمية سنة ١٩٥٨ م
- ١٧٢ — النظريات السياسية الاسلامية — للاستاذ محمد ضياء الدين
الريس ، الطبعة الثانية بمطبعة الرسالة سنة ١٩٥٧ م •
- ١٧٣ — الخراج في الدولة الاسلامية — للاستاذ محمد ضياء الدين
الريس ، الطبعة الأولى بمطبعة نهضة مصر سنة ١٩٥٧ م •
- ١٧٤ — الأحوال الشخصية والتطبيقات الشرعية — تأليف الاستاذ
محمد أحمد العمر ، مطبعة المعارف ببغداد ، الطبعة الأولى •
- ١٧٥ — التطبيقات الشرعية والصكوك — تأليف الاستاذ محمد
أحمد العمر ، مطبعة بغداد بالعراق •
- ١٧٦ — المصلحة في التشريع الاسلامي ونجم الدين الطوفي — تأليف
الاستاذ مصطفى زيد ، مطبعة لجنة البيان العربي •
- ١٧٧ — التعزير في الشريعة الاسلامية — للدكتور عبدالعزيز عامر ،
الطبعة الثانية بمطابع دار الكتاب العربي بمصر سنة ١٩٥٦ م •
- ١٧٨ — التشريع الاسلامي لغير المسلمين — للشيخ عبدالله مصطفى
المرافعي ، المطبعة النموذجية بالحطمية الجديدة •
- ١٧٩ — فكرة الجنسية في التشريع الاسلامي المقارن — للاستاذ
أحمد طه السنوسي ، مطابع شركة الاعلانات الشرقية بالقاهرة سنة
١٩٥٧ م •
- ١٨٠ — الأوضاع التشريعية في الدول العربية ماضيها وحاضرها —
للدكتور صبحي محمصاني ، الطبعة الأولى بيروت سنة ١٩٥٧ م •

— ٦٦٦ —

رابعاً - أصول الفقه

١٨١ — كشف الأسرار على أصول الامام فخر الاسلام علي
اليزدوي — للامام عبدالعزيز البخاري ، طبع الاستانة سنة ١٣٠٧ هـ .
١٨٢ — أصول الامام اليزدوي — وهو مطبوع على هامش كشف
الأسرار السابق ذكره .

١٨٣ — شرح المنار — تأليف عز الدين عبداللطيف بن عبدالعزيز بن
ملك على متن المنار في أصول الفقه للشيخ الامام أبي البركات عبدالله
بن أحمد المعروف بحافظ الدين النسفي المتوفى سنة ٧١٠ هـ ، المطبعة
العثمانية في الاستانة سنة ١٣١٥ هـ .

١٨٤ — الإحكام في أصول الأحكام للامام ابن حزم الظاهري ،
مطبعة السعادة ، الطبعة الأولى سنة ١٣٤٦ هـ .

١٨٥ — ارشاد الفحول الى تحقيق الحق من علم الاصول —
لل امام محمد بن علي بن محمد الشوكاني المتوفى سنة ١٢٥٥ هـ ، طبع ادارة
الطباعة المنيرية بمصر .

١٨٦ — شرح التلويح على التوضيح لسعد الدين مسعود بن عمر
التفتازاني المتوفى سنة ٧٩٢ هـ — مطبعة صبيح . والتوضيح لمتن التنقيح
للقاضي صدر الشريعة عبيدالله بن مسعود البخاري الحنفي المتوفى
سنة ٧٤٧ هـ .

١٨٧ — مباحث الحكم عند الأصوليين — للاستاذ محمد سلام
مذكور ، مطبعة لجنة البيان العربي بالقاهرة .

١٨٨ — المدخل الى مذهب الامام أحمد بن حنبل — للشيخ
عبدالقادر بن أحمد بن مصطفى المعروف بابن بدران الدمشقي ، طبع

— ٦٦٧ —

ادارة الطباعة المنيرية •

- ١٨٩ — الوسيط في أصول فقه الحنفية — تصنيف أحمد فهمي أبو
ستة ، مطبعة دار التأليف بمصر — الطبعة الأولى سنة ١٣٧٤ هـ •
- ١٩٠ — الوجيز في أصول الفقه — تأليف عبدالكريم زيدان ،
مطبعة دار النذير ببغداد سنة ١٣٨٠ هـ •

خامسا — كتب اللغة

- ١٩١ — القاموس المحيط — لمجد الدين الفيروزآبادي ، مطبعة
دار المأمون ، الطبعة الرابعة سنة ١٣٥٧ هـ •
- ١٩٢ — النهاية في غريب الحديث والأثر — للشيخ مجد الدين أبي
السعادات المبارك بن محمد الجزري المعروف باسم ابن الأثير ، المطبعة
الخيرية بمصر سنة ١٣١٨ هـ •
- ١٩٣ — المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي — للعلامة
أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي المتوفى سنة ٧٧٠ هـ ، المطبعة
الأميرية بالقاهرة ، الطبعة السابعة سنة ١٩٢٨ م •
- ١٩٤ — لسان العرب — للعلامة جمال الدين أبي الفضل محمد بن
مكرم بن منظور الأنصاري الأفريقي المصري المتوفى سنة ٧١١ هـ ، طبع
بيروت سنة ١٩٥٦ م •
- ١٩٥ — المنجد — تأليف لويس معلوف اليسوعي ، المطبعة
الكاثوليكية في بيروت ، الطبعة التاسعة سنة ١٩٣٧ م •

سادسا — كتب التاريخ والطبقات

- ١٩٦ — تاريخ الطبري — وهو تاريخ الأمم والملوك لأبي جعفر
محمد بن جرير الطبري ، المطبعة الحسينية بالقاهرة ، الطبعة الأولى •

— ٦٦٨ —

- ١٩٧ — تاريخ البلاذري — وهو فتوح البلدان للبلاذري ، لأبي بكر علي أحمد بن يحيى بن جابر بن داود البغدادي المتوفى سنة ٢٧٩ هـ ، طبع دار النشر للجامعيين بيروت سنة ١٩٥٨ م .
- ١٩٨ — أخبار القضاة — للإمام وكيع محمد بن خلف بن حيان المتوفى سنة ٣٠٦ هـ ، مطبعة الاستقامة بالقاهرة ، الطبعة الأولى سنة ١٣٦٦ هـ .
- ١٩٩ — مقدمة ابن خلدون — تأليف عبدالرحمن بن خلدون المغربي ، مطبعة مصطفى محمد بالقاهرة .
- ١٩٩ (مكرر) — إمتاع الأسماع بما للرسول من الأبناء والأموال والحفدة والمتاع — تأليف تقي الدين أحمد بن علي ، المشهور بالمقريزي ، الجزء الأول ، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر بالقاهرة سنة ١٩٤١ م .
- ٢٠٠ — الكامل في التاريخ — لأبي الحسن علي بن أبي الكرم محمد ابن عبدالكريم الشيباني المعروف باسم ابن الأثير المتوفى سنة ٦٣٠ هـ ، طبع ادارة الطباعة المنيرية ، سنة ١٣٤٨ هـ .
- ٢٠١ — قصص الأنبياء — للشيخ عبدالوهاب النجار ، مطبعة مصر ، الطبعة الرابعة سنة ١٣٧٥ هـ .
- ٢٠٢ — الصابئون في حاضرهم وماضيهم — تأليف عبدالرزاق الحسني ، مطبعة العرفان ببلنات الطبعة الثانية سنة ١٩٥٨ م .
- ٢٠٣ — الفهرست — لابن النديم ، محمد بن اسحق النديم ، المتوفى سنة ٣٨٥ هـ ، مطبعة الاستقامة بالقاهرة .
- ٢٠٤ — طبقات الفقهاء — لأبي اسحق الشيرازي المتوفى سنة ٤٧٦ هـ ، مطبعة بغداد بالعراق سنة ١٣٥٦ هـ .
- ٢٠٥ — طبقات الفقهاء — لطاش كبرى زاده ، مطبعة الزهراء الحديثة بالموصل في العراق سنة ١٩٦١ م .

— ٦٦٩ —

٢٠٦ — الفوائد البهية في تراجم الحنفية — تأليف العلامة أبي الحسنات محمد بن عبدالحى اللكنوي الهندي ، مطبعة السعادة بمصر ، الطبعة الأولى سنة ١٣٣٤ هـ .

٢٠٧ — الجواهر المضية في طبقات الحنفية للشيخ محي الدين أبي محمد عبدالقادر بن أبي الوفاء محمد القرشي الحنفي المصري المتوفى سنة ٧٧٥ هـ ، الطبعة الأولى بمطبعة مجلس ادارة المعارف النظامية بجيدرآباد الدكن بالهند .

٢٠٨ — طبقات الشافعية — لأبي بكر بن هداية الله الحسيني الملقب بالمصنف ، المتوفى سنة ١٠١٤ هـ ، مطبعة بغداد بالعراق سنة ١٣٥٦ هـ .

٢٠٩ — طبقات الحنابلة — للقاضي أبي الحسين محمد بن أبي يعلى ، مطبعة السنة المحمدية بالقاهرة سنة ١٣٧١ هـ .

٢١٠ — الذيل على طبقات الحنابلة — تأليف الفقيه زين الدين أبي الفرج عبدالرحمن بن شهاب الدين أحمد البغدادي ثم الدمشقي الحنبلي المتوفى سنة ٧٩٥ هـ ، مطبعة السنة المحمدية سنة ١٣٧٣ هـ .

سابعا — كتب الاحوال الشخصية لغير المسلمين

٢١١ — أحكام الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين — للمستشار حلمي بطرس ، مطبعة نهضة مصر بالقاهرة .

٢١٢ — شرح الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين — تأليف تادرس ميخائيل تادرس ، المستشار بمحكمة الاستئناف بمصر ، مطبعة رويال بالاسكندرية ، الطبعة الأولى ، سنة ١٩٥٦ م .

٢١٣ — شرح مبادئ الأحوال الشخصية للطوائف المالية — تأليف

إهاب حسن اسماعيل ، طبع دار القاهرة للطباعة ، الطبعة الأولى سنة ١٩٥٧ م .

— ٦٧٠ —

- ٢١٤ — الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية للاسرائيليين —
تأليف م. حاي بن شمعون ، مطبعة روين موسكوفيتش بمصر سنة
١٩١٩ م .
- ٢١٥ — الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين وللأجانب —
للدكتور أحمد سلامة ، المطبعة العالمية سنة ١٩٦٠ م .
- ٢١٦ — الأحوال الشخصية للطوائف غير الاسلامية من المصريين
« في الشريعتين المسيحية والموسوية » — تأليف محمد محمود نمر وألني
بقطر حبشي — الطبعة الأولى سنة ١٩٥٧ م ، بمطابع دار النشر للجامعات
المصرية .

ثمنا - الكتب القانونية والمالية

- ٢١٧ — المدخل للقانون الخاص — للدكتور عبد المنعم البدر اوي ،
مطابع دار الكتاب العربي بمصر ، الطبعة الأولى سنة ١٩٥٧ م .
- ٢١٨ — أثر مضي المدة في الالتزام — للدكتور عبد المنعم البدر اوي ،
مطبعة جامعة فؤاد الأول (جامعة القاهرة) سنة ١٩٥٠ م .
- ٢١٩ — القانون الدولي الخاص — للدكتور جابر جاد عبد الرحمن ،
مطبعة شركة النشر والطباعة العراقية المحدودة ببغداد ، الجزء الأول
طبع سنة ١٩٤٩ م ، والجزء الثاني طبع بمطبعة الهلال ببغداد سنة ١٩٤٩ م .
- ٢٢٠ — القانون الدولي الخاص المصري — تأليف الدكتور عز
الدين عبدالله ، مطبعة الجامعة بالقاهرة ، الطبعة الثالثة سنة ١٩٥٤ م .
والجزء الثاني منه طبع مكتبة النهضة المصرية .
- ٢٢١ — مبادئ القانون الدولي الخاص — للدكتور محمد عبد المنعم
رياض ، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر بالقاهرة ، الطبعة الثانية
سنة ١٩٤٣ م .

— ٦٧١ —

- ٢٢٢ — القانون الدولي الخاص — الجزء الأول ، للدكتور أحمد مسلم ، طبع مكتبة النهضة المصرية بالقاهرة سنة ١٩٥٦ م .
- ٢٢٣ — شرح القانون الأساسي العراقي — للدكتور مصطفى كامل ، مطبعة السلام ببغداد سنة ١٩٤٧ — ١٩٤٨ م .
- ٢٢٤ — شرح قانون العقوبات العراقي (القسم العام) — للدكتور مصطفى كامل ، مطبعة المعارف ببغداد ، الطبعة الأولى سنة ١٩٤٩ م .
- ٢٢٥ — الوجيز في قانون المرافعات المدنية والتجارية المصرية — تأليف الدكتور رمزي سيف ، الطبعة الأولى في القاهرة .
- ٢٢٦ — أصول القانون — للدكتور عبدالرزاق أحمد السنهوري وحشت أبي ستيت ، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر في القاهرة سنة ١٩٣٨ م .
- ٢٢ — شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري (الجزء الأول) — تأليف الدكتور عبدالمنعم الشرقاوي ، الطبعة الثانية سنة ١٩٥٦ م بالقاهرة .
- ٢٢٨ — الديمقراطية الإسلامية — للدكتور عثمان خليل ، مطبعة دار الجهاد سنة ١٩٥٨ م بالقاهرة .
- ٢٢٩ — القانون الدولي العام تأليف علي ماهر — مطبعة الاعتماد بالقاهرة سنة ١٣٤٢ هـ .
- ٢٣٠ — شرح قانون العقوبات (القسم العام) تأليف الدكتور محمود محمود مصطفى ، مطبعة دار نشر الثقافة بالاسكندرية ، الطبعة الأولى سنة ١٩٥٠ م .

— ٦٧٢ —

- ٢٣١ — شرح قانون الاجراءات الجنائية تأليف الدكتور محمود محمود مصطفى ، مطبعة دار نشر الثقافة بالاسكندرية ، الطبعة الثانية سنة ١٩٥٣ م .
- ٢٣٢ — القصاص في الشريعة الاسلامية وفي قانون العقوبات المصري — للدكتور أحمد ابراهيم ، طبع مكتبة نهضة الشرق سنة ١٩٤٤ م .
- ٢٣٣ — أحكام الاراضي والأموال غير المنقولة — للاستاذ شاكر ناصر ، مطبعة الاعتماد ببغداد سنة ١٩٤٧ م .
- ٢٣٤ — شرح قانون أصول المرافعات المدنية والتجارية العراقي رقم ٨٨ لسنة ١٩٥٦ — للاستاذ منير القاضي ، مطبعة العاني ببغداد ، الطبعة الأولى سنة ١٩٥٧ م .
- ٢٣٥ — الوجيز في المرافعات المدنية والتجارية الجزء الأول — للدكتور صلاح الدين الناهي ، مطبعة شركة الطباعة والنشر الأهلية سنة ١٩٦٢ م .
- ٢٣٦ — الوضع القانوني للأجانب في العراق — تأليف هادي رشيد الجاويشلي ، مطبعة المعارف ببغداد سنة ١٩٦١ م .
- ٢٣٧ — الأوضاع التشريعية في الدول العربية ، ماضيها وحاضرها — للدكتور المحامي صبحي محمصاني ، طبع دار العلم للملايين في بيروت ، الطبعة الأولى سنة ١٩٥٧ م .
- ٢٣٨ — علم المالية العامة — للدكتور عبدالحكيم الرفاعي ، مطبعة التفيض ببغداد سنة ١٩٤٥ م .
- ٢٣٩ — أصول علم المالية العامة — للدكتور محمد عبدالله العربي ، مطابع رمسيس بالاسكندرية ، الطبعة الثانية سنة ١٩٥٣ م .
- ٢٤٠ — موجز علم المالية — للدكتور سعدي بسيسو ، مطبعة

— ٦٧٣ —

التفويض بالعراق سنة ١٩٥٠ م •

٢٤١ — الموجز في الضرائب المصرية — تأليف الدكتور محمد العربي
والدكتور حامد عبداللطيف ، طبع مكتبة النهضة المصرية •

٢٤٢ — الحبس الاحتياطي وضمان حرية الفرد في التشريع المصري —
للدكتور حسن صادق المرصفاوي ، طبع دار النشر للجامعات المصرية
سنة ١٩٥٤ م •

تاسعا — القوانين والمجلات

٢٤٣ — القانون المدني المصري « العربي » رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ •
٢٤٤ — قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري « العربي »
رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ والقوانين المتعلقة به — جمع عبدالخالق عزت مدير
الادارة القانونية بجامعة الاسكندرية • طبع دار المعارف بمصر ، الطبعة
الأولى سنة ١٩٥٦ م •

٢٤٥ — مجموعة قوانين الأحوال الشخصية — جمع الدكتور أحمد
محمد ابراهيم ، الناشر الدار المصرية للطباعة والنشر بمصر •
٢٤٦ — قانون الموارث المصري « العربي » رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ •
٢٤٧ — قانون الوصية المصري « العربي » رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ •
٢٤٨ — قانون العقوبات المصري « العربي » رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧
وتعديلاته •

٢٤٩ — القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ •
٢٥٠ — قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ •
٢٥١ — قانون المرافعات المدنية والتجارية العراقي رقم ٨٨ لسنة
١٩٥٦ •

— ٦٧٤ —

- ٢٥٢ — قانون العقوبات البغدادي « العراقي » الصادر سنة
١٩١٧ م •
- ٢٥٣ — قانون أصول المحاكمات الدينية للطوائف المسيحية
والموسوية في العراق رقم ١٠ لسنة ١٩٥٠ م •
- ٢٥٤ — قانون تنظيم المحاكم الدينية للطوائف المسيحية والموسوية
رقم ٣٣ لسنة ١٩٤٧ م •
- ٢٥٥ — مجلة القانون والاقتصاد المصرية ، السنة الأولى ١٩٣١ م •
- ٢٥٦ — مجلة المحاماة الشرعية المصرية ، السنة الأولى وما بعدها •
- ٢٥٧ — مجلة « المسلمون » ، المجلد الثامن ، سنة ١٣٨١ هـ •

فهرست

الصفحة

٨ - ٥

تقديم ، وفيه منهج البحث

الباب التمهيدي

٢١ - ١٠

الفصل الاول

نظرة الشريعة الاسلامية الى العالم

اولا - تقسيم الشرع على اساس العقيدة ، فقرة (٥)
ثانيا - اصناف غير المسلمين (٦) اهل الكتاب (٧) الصابئة
(٨) المجوس (٩) الذهريّة (١٠) المشركون (١١) منكرو بعثة
الرسول (١٢) المرتدون (١٣) ثالثاً - دار الاسلام ودار الحرب
(١٤) بلاد الاسلام كلها دار واحدة (١٥) دار الحرب (١٦)
رابعاً - ما به تصير الدار دار اسلام او دار حرب (١٧) هل
تصير دار الاسلام دار حرب اذا استولت عليها دولة كافرة
(١٨) .

٥٦ - ٢٢

الفصل الثاني

الذميون والمستامنون

٤٥ - ٢٢

المبحث الاول

الذميون

الذمة لغة وشرعاً (١٩) متى شرع عقد الذمة وحكمة
مشروعيتها (٢٠) من يتولى ابرام عقد الذمة مع غير المسلم (٢١)
من الذي تعقد له الذمة : اولاً - اهل الكتاب والمجوس ، ولا
خلاف في جواز عقد الذمة لهم - المرتدون لا تعقد لهم الذمة -
اقوال العلماء في غير من ذكروا (٢٢) القول الراجح (٢٣) هل
اجابة طلب عقد الذمة واجب على المسلمين (٢٤) بم يكون غير
المسلم ذمياً - اولاً بالعقد الصريح (٢٥) ثانياً - بالقرائن الدالة
على رضاه بالذمة : ١ - الإقامة في دار الاسلام ب - شراء
المستامن في دار الاسلام ارضاً خراجية ج - الزواج (٢٦)
ثالثاً الذمة بالتبعية : ١ - الاولاد الصغار ب - الزوجة

— ٦٧٦ —

الصفحة

ج - اللقيط (٢٧) رابعاً - الدمة بالغلبة والفتح (٢٨)
شرائط عقد الدمة (٢٩) صفة عقد الدمة وما ينتقض به (٣٠)
قصر حكم النقض على من قام فيه سبب النقض (٣١)
نقض الدمة يشبه اسقاط الجنسية في الوقت الحاضر (٣٢) .

٥٦ - ٤٦

المبحث الثاني

المستامنون

تعريف المستامن ، دليل مشروعية الأمان ، أمان
المستامن موقت ويتعقد باللفظ أو ما يقوم مقامه (٣٣) أنواع
الأمان الموقت (٣٤) أولاً - الأمان الموقت الخاص ومن يمنحه
(٣٥) هل يجوز قصر منح الأمان على الإمام (٣٦) ثانياً - الأمان
الموقت العام (٣٧) ثالثاً - الأمان بالموادعة (٣٨) رابعاً - الأمان
بالعرف والعادة : ١ - الرسول ، ب - التجار (٣٩) خامساً -
الأمان بالتبعية (٤٠) ادعاء الأمان (٤١) ما ينتقض به أمان
المستامن (٤٢) .

٦٧ - ٥٧

الفصل الثالث

جنسية الذمي والمستامن

تقسيم الفصل الى مبحثين (٤٣) .

٦٠ - ٥٧

المبحث الاول

الجنسية في القوانين الوضعية

معنى الجنسية (٤٤) الجنسية الأصلية والجنسية
اللاحقة (٤٥) فقد الجنسية (٤٦)

٦٧ - ٦١

المبحث الثاني

الجنسية في الشريعة الإسلامية

مفهوم الجنسية معروف في الشريعة الإسلامية (٤٧)
من يتمتع بالجنسية الإسلامية وأساسها (٤٨) هل يتمتع
الذمي بالجنسية الإسلامية (٤٩) الرد على من قال أن الذمي
لا يتمتع بالجنسية الإسلامية (٥٠) أساس الجنسية

— ٦٧٧ —

الصفحة

الاسلامية بالنسبة للذمي (٥١) الجنسية الاصلية والجنسية
اللاحقة (٥٢) فقد الجنسية (٥٣) جنسية المستامن (٥٤) .

القسم الاول

احكام الذميين والمستامين في علاقاتهم مع الدولة الاسلامية

الباب الاول

حقوق الذميين والمستامين وواجباتهم في دار الاسلام

منهج البحث (٥٥) .

٧٥ - ٧٠

الفصل الاول

القاعدة العامة في حقوقهم وواجباتهم

أولا - الذميون :

القاعدة العامة : الذميون كالمسلمين في الحقوق

والواجبات (٥٦) :

ثانياً - المستامنون :

القاعدة في حقوق الاجانب وواجباتهم في الوقت الحاضر

(٥٧) القاعدة في حقوق المستامين وواجباتهم في دار الاسلام

(٥٨) القاعدة في واجباتهم (٥٩) .

١٣٦ - ٧٦

الفصل الثاني

في بيان حقوق الذميين والمستامين

٨٦ - ٧٦

المبحث الاول

الحقوق السياسية

معنى الحق عند فقهاء الشريعة الاسلامية - معنى

السياسة (٦٠) الحق ، والحقوق السياسية عند القانونيين

(٦١) .

المطلب الاول

تمتع الذميين بالحقوق السياسية

أولاً - حق تولي الوظائف العامة :

الصفحة

تولي الوظائف العامة في الشريعة الاسلامية تكليف
للأفراد وليس حقاً له (٦٢) بعض الوظائف العامة لا يكلف بها
الذمي (٦٣) وما عداه ذلك يجوز للذمي أن يتولى وظائف
الدولة (٦٤) المسلمين في مختلف عصورهم اشركوا الذميين
في وظائف الدولة (٦٥) اشرار الذميين في وظائف الدولة يدل
على تسامح المسلمين معهم (٦٦) ما عليه العمل في الوقت
الحاضر (٦٧) .

ثانياً - حق الانتخاب وحق الترشيح :
يجوز للذميين في الوقت الحاضر المساهمة في انتخاب
رئيس الدولة الاملاية وانتخاب ممثلهم في مجلس الامة
(٦٨) ما عليه العمل في الوقت الحاضر (٦٩) .

المطلب الثاني

تمتع المستأمنين بالحقوق السياسية
المستأمن لا يتمتع بالحقوق السياسية في دار الاسلام
(٧٠) ما عليه العمل الآن (٧١) .

١٣٠ - ٨٦

المبحث الثاني

حقوقهم العامة

ما هي الحقوق العامة (٧٢) .

المطلب الاول

الحقوق العامة للذميين

الأصل هو تمتع الذميين بجميع الحقوق العامة في دار
الاسلام (٧٣) أولاً - الحرية الشخصية وما تتضمنه (٧٤)
حرية الذمي في الروح والمجىء وحماية شخصه من الاعتداء
(٧٥) معاملة المسلمين لأهل البلاد المفتوحة بالحسنى والتسامح
والعدل ، لا سيما مع أتباع مصر (٧٦) وصية الفقهاء بالذميين
ودفاعهم عنهم ، الامام الأوزاعي يقول للوالي العباسي : فانهم
ليسوا بعبيد ولكنهم أحرار أهل ذمة (٧٧) الدولة الاسلامية
الاسلامية تبذل الفداء من بيت المال لاستنقاذهم من يد العدو
(٧٨) عدم جواز القبض على الذمي بغير حق (٧٩) حرية

الصفحة

الذمي في التنقل والاقامة في دار الاسلام (٨٠) خروج الذمي من دار الاسلام وعودته اليها (٨١) ما عليه العمل الآن بالنسبة لحرية الذمي الشخصية (٨٢) ثانياً - حرمة المسكن (٨٣) ثالثاً - حرية العقيدة (٨٤) ما له علاقة بحرية العقيدة (٨٥) أولاً - فيما يخص معابدهم كالكنائس والبيع (٨٦) القول (٨٧) ثانياً - فيما يخص اقامة شعائرهم الدينية (٨٨) القول الرابع وما عليه العمل الآن (٨٩) رابعاً - حرية الراي والاجتماع والتعليم (٩٠) خامساً - حق التمتع بمرافق الدولة وكفالة بيت المال (٩١) المسلمون اشتركوا الذمي مع المسلمين في كفالة بيت المال (٩٢) هل تجوز كفالة الذمي وسكناه حاجته من الزكاة (٩٣) كفالة الذمي في الوقت الحاضر (٩٥) سادساً - حرية العمل (٩٦) حرية العمل للذمي في الوقت الحاضر (٩٧) .

المطلب الثاني

الحقوق العامة للمستأمنين

القاعدة العامة في تمتع الاجانب بالحقوق العامة في الوقت الحاضر (٩٨) الدولة الاسلامية قررت للمستأمنين من الحقوق العامة ما يقرب من حقوق الذميين العامة (٩٩) أولاً - حق المستأمن في دخول دار الاسلام - راي علماء القانون الدولي العام في حق الاجنبي في الدخول الى اقليم بلد اجنبي (١٠٠) للاجنبي حق الدخول الى دار الاسلام (١٠١) هل يوجد ما يلزم الدولة الاسلامية بقبول الاجانب في اقليمها (١٠٢) ما عليه العمل الآن (١٠٣) ثانياً - مدة اقامة المستأمن واقوال الفقهاء فيها (١٠٤) القول الرابع وما عليه العمل الآن (١٠٥) ثالثاً - الحرية الشخصية : حرية المستأمن في الرواح والمجيء وحماية شخصه من الاعتداء (١٠٦) تسليم الاجانب الى دولهم في الوقت الحاضر (١٠٧) حكم تسليم الاجانب الى دولهم في الفقه الاسلامي (١٠٨) حرية المستأمن في التنقل (١٠٩) حق المستأمن في الخروج من دار الاسلام (١١٠) رابعاً - حرية العقيدة والراي والاجتماع والتعليم وحرمة المسكن (١١١) ما عليه العمل الآن (١١٢) خامساً -

الصفحة

تمتع المستامن بالمرافق العامة وكفالة الدولة (١١٣) ما عليه
العمل الآن (١١٤) .

١٣٠ - ١٣٦

المبحث الثالث

تمتعهم بالحقوق الخاصة

تعريف الحقوق الخاصة (١١٥) الحقوق الخاصة
للمدنيين (١١٦) الحقوق الخاصة للمستأمنين (١١٧) تمتع
المستأمنين بالحقوق الخاصة في الوقت الحاضر (١١٨) .

١٣٧ - ٢١٠

الفصل الثالث

واجباتهم نحو الدولة

الواجبات التي على المدنيين والمستأمنين نحو الدولة
(١١٩) .

١٣٧ - ١٥٨

المبحث الاول

الجزية

تعريف الجزية (١٢٠) دليل شرعية الجزية وسبب
وجوبها (١٢١) شرائط وجوب الجزية (١٢٢) وقت وجوب
الجزية (١٢٣) عن أي شيء وجبت الجزية (١٢٤) القول
الراجح (١٢٥) قول بعض الفقهاء يدل على ما رجحناه (١٢٦)
الجزية ليست عقوبة (١٢٧) مقدار الجزية (١٢٨) جزية
نصارى بني تغلب (١٢٩) معاملة نصارى بني تغلب ليست
خاصة بهم (١٣٠) ما يسقط الجزية بعد وجوبها (١٣١)
اولا - الاسلام او الموت ، ذكر اقوال الفقهاء (١٣٢) قول
الحنفية هو الصحيح (١٣٣) ثانياً - مضي المدة ، اقوال
الفقهاء فيه وبين الراجح منها (١٣٤) ثالثاً - حصول بعض
الاعداد (١٣٥) سقوط الجزية بعجز الدولة الاسلامية عن
حماية المدنيين (١٣٦) سقوط الجزية باشتراك المدنيين في
الدفاع عن دار الاسلام (١٣٧) الجزية في الوقت الحاضر (١٣٨) .

— ٦٨١ —

الصفحة

١٧٦ - ١٥٨

المبحث الثاني

الخراج

تعريف الخراج (١٣٩) الخراج في الاصل تكليف مالي على الذمي في أرضه (١٤٠) الاراضي الخراجية (١٤١) أنواع الخراج (١٤٢) مبنى الخراج على انطاقة (١٤٣) هل الخراج تقدير ثابت (١٤٤) تغير الخراج بتغير طاقة الارض (١٤٥) الخراج على صاحب الارض (١٤٦) هل يجب الخراج عند تعطيل الارض الخراجية (١٤٧) عجز صاحب الارض عن استغلال أرضه (١٤٨) البناء في أرض الخراج (١٤٩) عمارة أرض الخراج (١٥٠) كم مرة يجب الخراج في السنة (١٥١) هل يسقط الخراج باسلام صاحب الأرض (١٥٢) كلمة تقديرية عن نظام الخراج (١٥٣) ما عليه العمل في الوقت الحاضر (١٥٤) .

٢٠٨ - ١٧٦

المبحث الثالث

العشور (الضرائب التجارية)

خضوع الذميين والمستأمنين للعشور (١٥٥) دليل شرعية هذه الضرائب (١٥٦) .

المطلب الاول

الضرائب التجارية بالنسبة للذميين

شروط وجوبها (١٥٧) لا ضريبة على اموال الذمي اذا لم ينتقل بها من بلد الى آخر ، وسبب ذلك (١٥٨) التعشير - أي استيفاء هذه الضريبة - يكون مرة واحدة في السنة (١٥٩) مقدار الضريبة (١٦٠) تعليل الحنفية جعل ضريبة الذمي ضعف ضريبة المسلم (١٦١) الرد على تعليقات الاحناف (١٦٢) هل يشترط اخذ الضريبة التجارية من عين المال (١٦٣) الضريبة على الخمر والخنازير (١٦٤) ادعاء الذمي ما يسقط التعشير (١٦٥) .

الصفحة

المطلب الثاني

الضرائب التجارية بالنسبة للمستأمنين

سبب وجوبها (١٦٦) القاعدة في هذه الضريبة (١٦٧) قاعدة المعاملة بالمثل وما يترتب عليها (١٦٨) الضريبة على الخمر والخنازير (١٦٩) عدد مرات استيفاء الضريبة (١٧٠) ادعاء المستأمن مسقطات الضريبة (١٧١) .

المطلب الثالث

تقدير نظام الضرائب التجارية وما عليه العمل الآن

استعمال بعض انواع الضرائب كأداة للتوجيه الاقتصادي (١٧٢) ما عليه العمل الآن (١٧٣) الدول الإسلامية الحاضرة تفرض الضرائب على المواطنين والاجانب (١٧٤) مدى حق الدولة الإسلامية في فرض الضرائب وبيان رأينا في الموضوع ودليله (١٧٥) الخلاصة في حق الدولة الإسلامية في فرض الضرائب (١٧٦) .

٢٠٨ — ٢١٠

المبحث الرابع

في واجباتهم الأخرى

على أهل الدمة والمستأمنين واجبات أخرى غير مالية (١٧٧) .

الباب الثاني

الجرائم والعقوبات

منهج البحث (١٧٨) .

٢١٢ — ٢٢٣

تمهيد عام

القانون الجنائي الإسلامي من فروع القانون العام (١٧٩) تعريف الجريمة (١٨٠) أنواع الجرائم (١٨١) جرائم الحدود (١٨٢) جرائم القصاص والديات (١٨٣) جرائم التعزير (١٨٤) سريان القانون الجنائي الإسلامي من حيث المكان وأقوال

— ٦٨٣ —

الصفحة

الفقهاء في ذلك (١٨٥) ترجيح قول الزيدية في اقامة حد شرب الخمر على الدمي اذا سكر (١٨٦) سريان القانون الجنائي الاسلامي خارج دار الاسلام بالنسبة للمستأمنين والذميين والمسلمين ، وذكر اقوال الفقهاء وبيان الراجح منها (١٨٧) ما عليه العمل في الوقت الحاضر (١٨٨) .

٢٢٤ - ٢٤٤

الفصل الاول

في الجرائم المضرة بامن الدولة وسلامتها

الجرائم مموماً مضرة بالمصلحة العامة (١٨٩) .

٢٢٥ - ٢٣٤

المبحث الاول

جريمة قطع الطريق

التعريف بالجريمة وعقوبتها (١٩٠) الاصل في عقوبة قطع الطريق (١٩١) .

المطلب الاول

قطع الطريق من الدمي

الاسلام ليس بشرط في قاطع الطريق لتحقيق الجريمة (١٩٢) عقوبة الدمي اذا قطع الطريق (١٩٣) هل ينتقض عهد الدمي بارتكابه جريمة قطع الطريق (١٩٤) .

المطلب الثاني

قطع الطريق من المستأمن

اختلاف الفقهاء في اقامة الحد على المستأمن (١٩٥) القول الراجح (١٩٦) هل ينتقض امان المستأمن بقطع الطريق (١٩٧) ما عليه العمل الان (١٩٨) .

٢٣٤ - ٢٤٠

المبحث الثاني

جريمة البغي وعقوبتها

التعريف بالجريمة وعقوبتها (١٩٩) .

الصفحة

المطلب الاول

بغى الذميين

عقوبة الذميين اذا انفردوا بالبغى أو اشتركوا فيه
مع غيرهم (٢٠٠) ما عليه العمل الآن (٢٠١) .

المطلب الثاني

بغى المستامين

عقوبة المستامين اذا انفردوا بالفي أو اشتركوا فيه
مع غيرهم (٢٠٢) ما عليه العمل الآن (٢٠٣) .

٢٤٠ - ٢٤٤

المبحث الثالث

جريمة التجسس وعقوبتها

تعرف التجسس (٢٠٤) .

المطلب الاول

تجسس الذمي

هل ينتقض عهد الذمي بجريمة التجسس (٢٠٥)
عقوبة الجاسوس الذمي (٢٠٦) ما عليه العمل الآن (٢٠٧) .

المطلب الثاني

تجسس المستامن

هل ينتقض أمان المستامن بالتجسس (٢٠٨) عقوبة
الجاسوس المستامن (٢٠٩) ما عليه العمل الآن (٢١٠) .

٢٤٥ - ٢٩٣

الفصل الثاني

جرائم الاعتداء على النفس

تمهيد (٢١١) منهج البحث (٢١٢) .

— ٦٨٥ —

الصفحة

٢٧٣ - ٢٤٨

المبحث الاول

القصاص

المطلب الاول

في وجوب القصاص على الذمي

هل يجب القصاص على الذمي سواء كان القاتل مسلماً أو غير مسلم (٢١٣) أولاً - القاتل ذمي (٢١٤) ثانياً - القاتل مسلم (٢١٥) ثالثاً - القاتل مرتد (٢١٦) رابعاً - القاتل مستأمن (٢١٧) خامساً - القاتل حربي (٢١٨) .

المطلب الثاني

في وجوب القصاص على المستأمن

وجوب القصاص على المستأمن اذا قتل مسلماً أو ذمياً أو مستأمناً (٢١٩) هل يجب عليه القصاص اذا قتل حربياً أو مرتدّاً (٢٢٠)

المطلب الثالث

في وجوب القصاص على المسلم

اختلاف الفقهاء في وجوب القصاص على المسلم اذا قتل ذمياً أو مستأمناً - بيان اقوالهم (٢٢١) أدلة الجمهور على عدم قتل المسلم بالكافر (٢٢٢) مناقشة أدلة الجمهور (٢٢٣) أدلة الحنفية على قتل المسلم بالذمي (٢٢٤) مناقشة أدلة الحنفية (٢٢٥) أدلة قول الامام مالك على قتل المسلم بالذمي اذا قتله غيلة ومناقشتها (٢٢٦) أدلة الشيعة الامامية على قتل المسلم بالذمي اذا اعتاد قتل الذميين (٢٢٧) القول الراجح في مسألة قتل المسلم بالذمي (٢٢٨) القول الراجح في مسألة قتل المسلم بالمستأمن (٢٢٩) .

٢٧٣ - ٢٨٨

المبحث الثاني

الدية

ما يشترط لوجوب الدية على القاتل ، وبيان الاصل

الصفحة

في وجوبها (٢٣٠) اختلاف الفقهاء في مقدار دية الدمي والمستأمن ، وبيان اقوالهم (٢٣١) أدلة القول الاول والرد عليها (٢٣٢) أدلة القول الثاني والرد عليها (٢٣٣) أدلة القول الثالث (٢٣٤) أدلة القول الرابع والرد عليها (٢٣٥) القول الرابع (٢٣٦) دية الجنين (٢٣٧) هل للدمي عاقلة (٢٣٨) هل يحمل بيت المال الدية عن الدمي اذا لم تكن له عاقلة (٢٣٩) هل للمستأمن عاقلة (٢٤٠) .

٢٨٨ - ٢٩٠

المبحث الثالث

الكفارة

اختلاف الفقهاء في وجوب الكفارة على الدمي والمستأمن (٢٤١) اختلافهم في وجوبها على المسلم اذا قتل ذمياً أو مستأمناً (٢٤٢) .

٢٩٠ - ٢٩٣

المبحث الرابع

ما عليه العمل الآن في جرائم الاعتداء على النفس

القصاص ، بالمعنى الشرعي ، مطبق في السعودية . عقوبة القاتل في العربية المتحدة والعراق (٢٤٣) نظام الديات في السعودية ، ونظام التعويض في العربية المتحدة والعراق (٢٤٤) .

٢٩٤ - ٣٠٤

الفصل الثالث

جرائم الاعتداء على ما دون النفس وعقوباتها

تمهيد (٢٤٥) عقوبات هذه الجرائم (٢٤٦) .

٢٩٧ - ٣٠٠

المبحث الاول

القصاص

مذهب الحنفية (٢٤٧) مذهب الجمهور (٢٤٨) القول الرابع (٢٤٩) .

الصفحة

٣٠٢ - ٣٠٠

المبحث الثاني الدية والأرش

وجوب الدية والأرش على المسلم وغير المسلم (٢٥٠)
مقدار الدية الكاملة والأرش (٢٥١) .

٣٠٤ - ٣٠٢

المبحث الثالث

ما عليه العمل في الوقت الحاضر

القصاص في جرائم الاعتداء على ما دون النفس في
العربية المتحدة والعراق والسعودية (٢٥٢) الديات والأروش
في هذه الدول (٢٥٣) .

٣٢٤ - ٣٠٥

الفصل الرابع

في جرائم الاعتداء على الاعراض

٣١٤ - ٣٠٥

المبحث الاول

جريمة الزنى

تمهيد (٢٥٤) عقوبة الزنى (٢٥٥) اللواط يدخل في
مفهوم الزنى عند الجمهور (٢٥٦) .

المطلب الاول

عقوبة الذمي على جريمة الزنى

مذهب الحنفية والحنابلة والشافعية والظاهرية
والزيدية (٢٥٧) مذهب الشيعة الامامية (٢٥٨) مذهب
المالكية (٢٥٩) الراجع من اقوال الفقهاء (٢٦٠) .

المطلب الثاني

عقوبة المستامن على جريمة الزنى

اختلاف الفقهاء في اقامة حد الزنى على المستامن (٢٦١)
الراجع من اقوال الفقهاء (٢٦٢) .

الصفحة

المطلب الثالث

عقوبة المسلم اذا زنى بدمية او مستأمنة
يقام حد الزنى على المسلم اذا زنى بدمية او مستأمنة
• (٢٦٣)

المطلب الرابع

ما عليه العمل الآن في عقوبة الزنى
عقوبة الزنى في السعودية والجمهورية العربية المتحدة
والمراق (٢٦٤) .

٣٢٤ - ٣١٤

المبحث الثاني

جريمة القذف

تمهيد: معنى القذف (٢٦٥) شروط وجوب حد القذف
(٢٦٦) قذف الزوج زوجته (٢٦٧) القذف بغير الزنى (٢٦٨) .

المطلب الاول

جريمة القذف من الدمي وعقوبتها

وجوب حد القذف على الدمي اذا قذف مسلماً (٢٦٩) رد
شهادة الدمي المحدود بالقذف (٢٧٠) اختلاف الفقهاء في
وجوب الحد على الدمي اذا قذف ذمياً او مستأمناً (٢٧١)
قذف الدمي زوجته (٢٧٢) القذف بغير الزنى « السب
والشتم » (٢٧٣) .

المطلب الثاني

جريمة القذف من المستأمن وعقوبتها

وجوب الحد على المستأمن اذا قذف مسلماً ،
واختلاف الفقهاء في وجوبه اذا قذف ذمياً او مستأمناً (٢٧٤)
رد شهادة المستأمن المحدود بالقذف (٢٧٥) قذف المستأمن
زوجته (٢٧٦) السب والشتم من المستأمن (٢٧٧) .

الصفحة

المطلب الثالث

عقوبة المسلم اذا قذف ذمياً أو مستامناً

اختلاف الفقهاء في وجوب حد القذف على المسلم اذا قذف ذمياً أو مستامناً ، وتعزيزه اذا شتم ذمياً أو مستامناً (٢٧٨) .

المطلب الرابع

ما عليه العمل الآن في عقوبة القذف

عقوبة القذف في العربية السعودية والجمهورية العربية المتحدة والمراق (٢٧٩) .

٣٢٥ - ٣٣٤

الفصل الخامس

جرائم الاعتداء على الاموال (السرقة وغيرها)

تمهيد : التعريف بالسرقة (٢٨٠) الخفية ركن السرقة (٢٨١) .

٣٢٧ - ٣٢٩

المبحث الاول

عقوبة الذمي على جرائم الاعتداء على المال

وجوب الحد على الذمي اذا سرق من مسلم أو ذمي ، واختلاف الفقهاء في وجوب الحد عليه اذا سرق من مستامن ، وبيان الراجح من اقوالهم (٢٨٢) هل يحد الذمي بسرقة الخمر والخنزير (٢٨٣) تعزيز الذمي في غير السرقة من جرائم الاموال (٢٨٤) .

٣٣٠ - ٣٣١

المبحث الثاني

عقوبة المستامن على جرائم الاعتداء على المال

اختلاف الفقهاء في وجوب الحد على المستامن السارق ، وبيان الراجح من اقوالهم (٢٨٥) لايقام الحد على المستامن اذا سرق خمراً أو خنزيراً ، وتعزيزه في صور الاعتداء الأخرى على المال غير السرقة (٢٨٦) .

— ٦٩٠ —

الصفحة

٣٣٣ - ٣٣١

المبحث الثالث

عقوبة المسلم اذا اعتدى على مال النمي او المستامن

وجوب الحد على المسلم اذا سرق من ذمي (٢٨٧)
اختلافهم في وجوب الحد على المسلم اذا سرق من مستامن
وبيان الراجح من اقوالهم (٢٨٨) تعزيز المسلم في صور
لاعتداء الاخرى على المال غير السرقة (٢٨٩) .

٣٣٤ - ٣٣٣

المبحث الرابع

ما عليه العمل الآن في جرائم الاعتداء على المال

عقوبة السرقة في السعودية والعربية المتحدة والمراق
(٢٩٠) .

القسم الثاني

احكام الذميين والمستامين في علاقاتهم مع الافراد

تمهيد (٢٩١) .

الباب الاول

احكام الاسرة للذميين والمستامين (الاحوال الشخصية)

تعريف الاحوال الشخصية (٢٩٢) .

٣٨١ - ٣٤١

الفصل الاول

انكحة الذميين والمستامين ومهورهم

٣٧١ - ٣٤١

المبحث الاول

انكحة الذميين والمستامين

تمهيد (٢٩٣) .

الصفحة

المطلب الاول

النكاح بينهم وبين المسلمين

الفرع الاول

زواج المسلم بدمية او مستأمنة

اولا - نساء أهل الكتاب ، وبيان مذهب الجمهور في نكاحهن (٢٩٤) مذهب الشيعة الامامية (٢٩٥) ثانياً - المجوس (٢٩٦) ثالثاً - الصابئة (٢٩٧) رابعاً - عباد الاوثان ونحوهم (٢٩٨) الشهود على النكاح (٢٩٩) الولي في الزواج (٣٠٠) دين ولد المسلم من الكتابية (٣٠١) دين الصغير اذا كان أحد الابوين مسيحياً والآخر يهودياً (٣٠٢) ما عليه العمل في الوقت الحاضر (٣٠٣) .

الفرع الثاني

زواج المسلمة بدمي او مستأمن

لا يجوز زواج المسلمة بغير المسلم (٣٠٤) ما عليه العمل الآن (٣٠٥) .

المطلب الثاني

انكحة الذميين والمستأمنين فيما بينهم

كل نكاح صح بين المسلمين فهو صحيح بين غير المسلمين (٣٠٦) حكم النكاح الصحيح شرعاً اذا كان فاسداً عندهم (٣٠٧) حكم النكاح الفاسد بين المسلمين بالنسبة لغير المسلمين (٣٠٨) حكم الانكحة الفاسدة قبل الترافع اليها وقبل الاسلام (٣٠٩) القول الراجح (٣١٠) ما عليه العمل في الوقت الحاضر (٣١١) حكم الانكحة الفاسدة بعد الترافع او بعد الاسلام عند الحنابلة والشافعية والمالكية والشيعة الامامية (٣١٢) عند الحنفية تفصيل واختلاف (٣١٣) القول الراجح (٣١٤) ما عليه العمل الآن (٣١٥ - ٣١٨) .

— ٦٩٢ —

الصفحة

٣٧١ - ٣٨١

المبحث الثاني

المهر بالنسبة للذميين والمستأمنين

تمهيد (٣١٩) .

المطلب الاول

المهر المسمى

تمهيد (٣٢٠) .

اولاً - اذا كان المسمى صحيحاً (٣٢١) ثانياً - اذا كان فاسداً لعدم تقومه في حق المسلمين (٣٢٢) ثالثاً - اذا كان فاسداً لكونه ليس بمال (٣٢٣) رابعاً - اذا كان فاسداً لجهالته (٣٢٤) .

المطلب الثاني

المهر غير المسمى

اقوال الفقهاء في المهر غير المسمى (٣٢٥) .

المطلب الثالث

ما عليه العمل في الوقت الحاضر

مهور غير المسلمين في العربية المتحدة والعراق (٣٢٦) .

٣٨٢ - ٤٣٣

الفصل الثاني

فرق النكاح

تعريف فرق النكاح (٣٢٧) .

٣٨٢ - ٣٨٩

المبحث الاول

الفرقة بالطلاق

تمهيد (٣٢٨) طلاق الذمي والمستأمن (٣٢٩) ما عليه العمل الآن (٣٣٠ ، ٣٣١) ما تقترحه في مسألة طلاق غير المسلم (٣٣٢) .

— ٦٩٣ —

صفحة

٣٨٩ - ٣٩٣

المبحث الثاني الفرقة بالخلع

تمهيد (٣٣٣) الخلع بالنسبة للذمين والمستأمنين
(٣٣٤) ما عليه العمل الآن (٣٣٥) هل يجوز الاخذ بالخلع
بموجب شرائع المسيحيين (٣٣٦) .

٣٩٤ - ٣٩٧

المبحث الثالث الفرقة بالايلاء

تمهيد (٣٣٧) ايلاء الذمي والمستأمن (٣٣٨) ما عليه
العمل الآن (٣٣٩) .

٣٩٧ - ٤٠٣

المبحث الرابع الفرقة باللعان

تمهيد (٣٤٠) اللعان بين الذمين والمستأمنين ، وذكر
اقوال الفقهاء فيه ، وبيان الراجح منها (٣٤١) ما عليه العمل
الآن (٣٤٢) .

٤٠٣ - ٤٢٣

المبحث الخامس الفرقة بسبب ابناء الاسلام

اذا أسلمت الزوجة ، أو أسلم الزوج ولم
تسلم زوجته غير الكتابية ، فهل تتعجل الفرقة
بينهما (٣٤٣) أولاً - مذهب الظاهرية وحجتهم (٣٤٤)
ثانياً - مذهب الحنابلة والشافعية والشيعة الامامية ،
وبيان حجتهم (٣٤٥) ثالثاً - مذهب المالكية وحجتهم (٣٤٦)
رابعاً - مذهب الحنفية وحجتهم (٣٤٧) خامساً - قول ابن
قيم الجوزية (٣٤٨) مناقشة الاقوال المختلفة وأدلتها (٣٤٩)
القول الراجح (٣٥٠) نوع الفرقة بسبب ابناء الاسلام (٣٥١)
حكم خروج أحد الزوجين عن ديانته في الشريعتين المسيحية
واليهودية (٣٥٢) ما عليه العمل في الوقت الحاضر (٣٥٣)
راي البعض بأن اسلام الزوج يعطي الزوجة الحق في طلب
التطليق ، والرد على هذا الرأي (٣٥٤) حكم المسألة في
العراق (٣٥٥) ما نقترحه في مسألة تغيير أحد الزوجين غير
المسلمين ديانته (٣٥٦) .

— ٦٩٤ —

الصفحة

٤٢٣ - ٤٣١

المبحث السادس

الفرقة، باختلاف الدارين

اختلاف الدارين من أسباب الفرقة عند الحنفية خلافاً للجمهور (٣٥٧) أدلة الجمهور على عدم وقوع الفرقة باختلاف الدارين (٣٥٨) أدلة الحنفية على وقوع الفرقة باختلاف الدارين (٣٥٩) مناقشة الأدلة وبيان القول الراجح (٣٦٠ ، ٣٦١) ما عليه العمل في الوقت الحاضر (٣٦٢) .

٤٣١ - ٤٣٣

المبحث السابع

التفريق للعيب أو لعدم الإنفاق أو للغبية أو للضرر

التفريق للعيب ونحوه يجري على غير المسلمين (٣٦٣) ما عليه العمل الآن (٣٦٤) .

٤٣٤ - ٤٣٩

الفصل الثالث

العدة

تمهيد (٣٦٥) عدة الزميمة أو المستأمنة من مسلم (٣٦٦) عدة الزميمة أو المستأمنة من ذمي أو مستأمن وبيان أقوال الفقهاء (٣٦٧) الراجح من أقوال الفقهاء (٣٦٨) ما عليه العمل الآن (٣٦٩) .

٤٤٠ - ٤٤٨

الفصل الرابع

ثبوت النسب

تمهيد (٣٧٠) ثبوت النسب بالنسبة لغير المسلمين (٣٧١ ، ٣٧٢) ثبوت النسب عند المسيحيين واليهود (٣٧٣) ما عليه العمل الآن (٣٧٤) ما نقتضيه في مسألة ثبوت النسب (٣٧٥) .

٤٤٩ - ٤٦٣

الفصل الخامس

الولاية على النفس والمال

تمهيد (٣٧٦) .

— ٦٩٥ —

الصفحة

٤٥٩ — ٤٥٠

المبحث الاول

الحضانة

تمهيد (٣٧٧) الحضانة بالنسبة للدميين والمستأمنين (٣٧٨) الحضانة بين المسلمين وغير المسلمين (٣٧٩ ، ٣٨٠) قول غير الحنفية في الحضانة بين غير المسلمين ، وبينهم وبين المسلمين (٣٨١) القول الراجح (٣٨٢) الحضانة في شرائع غير المسلمين (٣٨٣) ما عليه العمل الآن (٣٨٤) ما نقترحه في مسألة الحضانة (٣٨٥) .

٤٦٣ — ٤٥٩

المبحث الثاني

الولاية على المال

تمهيد (٣٨٦) الولاية المالية بالنسبة للدميين والمستأمنين (٣٨٧) الولاية المالية بين المسلمين وغير المسلمين (٣٨٨) ما عليه العمل الآن (٣٨٩) .

٤٨٣ — ٤٦٤

الفصل السادس

التفقات

تمهيد (٣٩٠) .

٤٦٩ — ٤٦٤

المبحث الاول

نفقة الزوجة

تمهيد (٣٩١) نفقة الزوجة الدمية على زوجها المسلم (٣٩٢) نفقة الزوجة بالنسبة للدميين والمستأمنين فيما بينهم (٣٩٣) نفقة الزوجة غير المسلمة في العدة اذا وقعت الفرقة بسبب إباء الاسلام (٣٩٤) ما عليه العمل في الوقت الحاضر (٣٩٥) .

٤٨٣ — ٤٧٠

المبحث الثاني

نفقة الاقارب

تمهيد (٣٩٦) .

— ٦٩٦ —

الصفحة

المطلب الاول

نفقة الاقارب

بين المسلمين وغير المسلمين من ذميين ومستأمنين

الفرع الاول

نفقة الاصول والفروع

اولا - النفقة للمسلم على النعمي وبالعكس

اختلاف الفقهاء في اشتراط اتحاد الدين لوجوب النفقة بين الاصول والفروع ، بيان قول الجمهور وقول الحنابلة (٣٩٧) أدلة قول الجمهور (٣٩٨) أدلة قول الحنابلة (٣٩٩) القول الراجح (٤٠٠) .

ثانياً - النفقة للمسلم على المستأمن وبالعكس

مذهب الحنفية ، وترجيح قول الامام الكاساني (٤٠١) قول المذاهب الاخرى (٤٠٢) .

الفرع الثاني

نفقة الحواشي وذوي الارحام

أقوال الفقهاء في هذه النفقة (٤٠٣) .

المطلب الثاني

نفقة الاقارب النعمين والمستأمنين فيما بينهم

الفرع الاول

نفقة الاقارب النعمين فيما بينهم

بيان مذهب الحنفية ، والمذاهب الاخرى (٤٠٤) .

الفرع الثاني

نفقة الاقارب المستأمنين فيما بينهم

بيان مذاهب الفقهاء (٤٠٥) .

— ٦٩٧ —

الصفحة

الفرع الثالث

نفقة الاقارب بين الذميين والمستامين

بيان مذهب الحنفية والمذاهب الاخرى (٤٠٦) .

المطلب الثالث

ما عليه العمل في الوقت الحاضر في نفقات الاقارب

نفقة الاقارب في الجمهورية العربية المتحدة والعراق (٤٠٧) .

٤٩٣ — ٤٨٤

الفصل السابع

الوقف

تمهيد (٤٠٨) .

٤٩١ — ٤٨٥

المبحث الاول

وقف الذميين والوقف عليهم

اولا — مذهب الحنفية (٤٠٩) شروط صحة وقف

الذمي (٤١٠) وقف الدهري (٤١١) ثانياً — مذهب غير

الحنفية (٤١٢) وقف الذميين في الجمهورية العربية المتحدة

(٤١٣) وقف الذميين في العراق (٤١٤) .

٤٩٣ — ٤٩١

المبحث الثاني

وقف المستامين والوقف عليهم

مذهب الحنفية (٤١٥) مذهب الشافعية والحنابلة

والمالكية (٤١٦) وقف المستامن في الوقت الحاضر (٤١٧) .

٥٤٥ — ٤٩٤

الفصل الثامن

الوصية والميراث

تمهيد (٤١٨) .

٥١٧ — ٤٩٤

المبحث الاول

الوصية

تمهيد (٤١٩) .

الصفحة

المطلب الاول

الوصية بالنسبة للذميين

اولا - مذهب الحنفية (٤٢٠) ثانياً - مذهب الحنابلة
والشافعية (٤٢١) ثالثاً - مذهب المالكية (٤٢٢) رابعاً -
مذهب الظاهرية (٤٢٣) خامساً - مذهب الشيعة الامامية
(٤٢٤) سادساً - مذهب الزيدية (٤٢٥) القول الراجح (٤٢٦)
وصايا الذميين بالقربات (٤٢٧) وصايا الذميين في العربية
المتحدة في الوقت الحاضر (٤٢٨) وصية الذمي في العراق
(٤٢٩) .

المطلب الثاني

الوصية بالنسبة للمستأمنين

اولا - مذهب الحنفية (٤٣٠) ثانياً - المذاهب الاخرى
(٤٣١) وصية المستأمن في العربية المتحدة (٤٣٢) وصية
المستأمن في العراق (٤٣٣) .

٥١٧ - ٥٤٥

المبحث الثاني

الميراث

تمهيد (٤٣٤) .

المطلب الاول

التوارث بين الذميين والمستأمنين

الفرع الاول

توارث الذميين فيما بينهم

توارث الذميين فيما بينهم اذا اتحدوا في الملة امر
لا خلاف فيه بين الفقهاء ، واختلفوا في توارثهم اذا اختلفوا
في الملة (٤٣٥) اسباب الميراث بين غير المسلمين (٤٣٦)
اولا - الارث بالنسب (٤٣٧) ثانياً - الارث بالنكاح (٤٣٨)
ثالثاً - الارث بالولاء (٤٣٩) موارد الذميين في الوقت
الحاضر (٤٤٠) .

الفرع الثاني

توارث المستأمنين فيما بينهم

يجري التوارث بين المستأمنين فيما بينهم كما يجري بين الذميين (٤٤١) حكم تركة المستأمن اذا مات في دار الاسلام في الفقه الاسلامي وفي الوقت الحاضر (٤٤٢ ، ٤٤٣) .

الفرع الثالث

التوارث بين الذميين والمستأمنين

اشتراط الحنفية اتحاد الدارين غير المسلمين لثبوت التوارث فيما بينهم (٤٤٤) معنى اختلاف الدارين (٤٤٥) أنواع اختلاف الدارين (٤٤٦) أي نوع من أنواع اختلاف الدارين يمنع الارث (٤٤٧) اختلاف الدارين في المذاهب الاخرى (٤٤٨) اختلاف الدارين في قانون المواريث في العربية المتحدة (٤٤٩) اختلاف الدارين في العراق (٤٥٠) .

المطلب الثاني

التوارث بينهم وبين المسلمين

الفرع الاول

توريث الذمي والمستأمن من المسلم

غير المسلم لا يرث المسلم (٤٥١) هل يرث من أسلم قبل قسمة تركة المسلم (٤٥٢) القول الراجح في هذه المسألة (٤٥٣) المعتق غير المسلم ، هل يرث عتيقه المسلم (٤٥٤) المعمول به في الوقت الحاضر (٤٥٥) .

الفرع الثاني

توريث المسلم من الذمي والمستأمن

لا يرث المسلم من غير المسلم ، وهذا مذهب الجمهور . وقال البعض يرث (٤٥٦) حجة القائلين بتوريث المسلم من غير المسلم (٤٥٧) قول الجمهور هو الصحيح (٤٥٨) عند الحنابلة يرث المعتق المسلم عتيقه غير المسلم ، وضعف هذا

— ٧٠٠ —

الصفحة

القول (٤٥٩) مذهب الشيعة الامامية (٤٦٠) ما عليه العمل
الآن (٤٦١) .

الباب الثاني

احكام معاملات الذميين والمستامين المالية

٥٥٩ - ٥٤٧

الفصل الاول

القاعدة العامة في معاملاتهم المالية
في دار الاسلام ومستثنياتها

٥٥١ - ٥٤٧

المبحث الاول

القاعدة العامة في معاملاتهم المالية
في دار الاسلام

القاعدة العامة عند الفقهاء هي ان الذميين والمستامين
كالمسلمين في المعاملات . بيان أقوال الحنفية والشافعية
والحنابلة وغيرهم الدالة على ذلك (٤٦٢ - ٤٦٤) .

٥٥٩ - ٥٥١

المبحث الثاني

مستثنيات القاعدة العامة

استثناء بعض التصرفات من القاعدة العامة ، بالنسبة
لغير المسلم ، وبيان رأيي فيها (٤٦٥ - ٤٧٥) .

٥٦٥ - ٥٦٠

الفصل الثاني

حكم معاملاتهم المالية في دار الحرب

اختلاف الفقهاء في حكم المعاملات في دار الحرب (٤٧٦)
مذهب الحنفية (٤٧٧) مذهب الشافعية والزيدية والحنابلة
والشيعة الامامية (٤٧٨) بيان القول الراجح (٤٧٩)
ما عليه العمل الآن (٤٨٠) .

الباب الثالث

خضوع الذميين والمستامين لولاية القضاء العامة

تمهيد (٤٨١) .

الصفحة

٥٩٤ - ٥٦٩

الفصل الاول

ولاية القضاء العامة عليهم
والقانون الواجب التطبيق في قضايهم

٥٨٦ - ٥٦٩

المبحث الاول

ولاية القضاء العامة عليهم

اولا - مذهب الشافعية (٤٨٢) ثانياً - مذهب الحنابلة
والمالكية والشيعة الإمامية (٤٨٣) ثالثاً - مذهب الظاهرية
والزيدية (٤٨٤) رابعاً - مذهب الحنفية (٤٨٥) قول صاحب
تفسير المنار (٤٨٦) القول الراجح ودليله (٤٨٧) ما عليه
العمل في الوقت الحاضر (٤٨٨) شهادة غير المسلم والشهادة
عليه ، وكيفية أدائه اليمين (٤٨٩) شهادة الذمي والمستأمن
على المسلم (٤٩٠) شهادة المسلم على غير المسلم (٤٩١)
شهادة الذميين والمستأمنين فيما بينهم (٤٩٢) يمين الذمي
والمستأمن (٤٩٣) ما عليه العمل الآن في مسائل الشهادة
واليمين (٤٩٤) .

٥٩٤ - ٥٨٧

المبحث الثاني

القانون الواجب التطبيق في قضايهم

الشريعة الاسلامية هي القانون الواجب التطبيق في
قضايها غير المسلمين بدلالة القرآن الكريم (٤٩٥) أقوال
المذاهب المختلفة الدالة على ذلك : أولاً - مذهب الظاهرية ،
ثانياً - مذهب الزيدية ، ثالثاً - مذهب الشيعة الإمامية ،
رابعاً - مذهب الحنابلة والشافعية ، خامساً - مذهب
المالكية ، سادساً - مذهب الحنفية (٤٩٦) أبو حنيفة لا يأخذ
بحكم شرائع غير المسلمين خلافاً لما يقال عنه ودليل ذلك
(٤٩٧) نتائج هذا المبحث (٤٩٨) .

٦٠٢ - ٥٩٥

الفصل الثاني

حكم ولايتهم على قضايهم الخاصة

تمهيد (٤٩٩) تقليد غير المسلم القضاء على غير المسلمين

الصفحة

وأقوال الفقهاء في ذلك (٥٠٠) القول الراجع (٥٠١) إذا جاز
تقليد الدمي القضاء على رأي الحنفية فبأي قانون يحكم
(٥٠٢) التحكيم (٥٠٣) هل يجوز تحكيم الدمي (٥٠٤) تحكيم
المستامن (٥٠٥) تحكيم غير المسلم في المذاهب الأخرى (٥٠٦) .

٦٢١ - ٦٠٣

الفصل الثالث

المطبق بالنسبة لقضاياهم في الوقت الحاضر

٦١٠ - ٦٠٣

المبحث الأول

المطبق في الجمهورية العربية المتحدة

أولاً - بالنسبة للذميين

يخضع الذميون في مسائل أحوالهم الشخصية والعينية
للمحاكم المدنية (٥٠٧) القانون الواجب التطبيق في قضاياهم
(٥٠٨) أثر تغير الطائفة أو الملة على القانون الواجب التطبيق
في مسائل الأحوال الشخصية (٥٠٩) .

ثانياً - بالنسبة للمستامين

يخضع الأجانب لولاية القضاء الوطني (٥١٠) القانون
الواجب التطبيق في قضاياهم هو ما تشير إليه قواعد
الأسناد (٥١١) .

٦١٩ - ٦١٠

المبحث الثاني

المطبق في العراق

أولاً - بالنسبة للذميين

تمهيد (٥١٢) الذميون يخضعون في مسائل أحوالهم
العينية للمحاكم المدنية ، ويخضعون في مسائل أحوالهم
الشخصية لمحاكمهم الطائفية وغيرها (٥١٣) ١ - المحاكم
الطائفية واختصاصها وما تطبقه (٥١٤) المحكمة الطائفية
المختصة في خصوماتهم إذا اختلفوا في الطائفة أو الفرقة أو
الدين (٥١٥) ب - محاكم المواد الشخصية واختصاصها
وما تطبقه (٥١٦) ج - المحاكم الشرعية واختصاصها وما
تطبقه (٥١٧) .

— ٧٠٣ —

الصفحة

ثانياً - بالنسبة للمستأمنين

يخضع الاجنبي للمحاكم المراقية في مسائل المعاملات والاحوال الشخصية . المحكمة المختصة بالنظر في قضاياهم والقانون الذي تطبقه (٥١٨) .

٦١٩ - ٦٢١

المبحث الثالث

المطبق في السعودية

بالنسبة للمقيمين والمستأمنين

تختص المحاكم الشرعية بالنظر في جميع القضايا وبالنسبة للمواطنين والاجانب ، وتطبق المذهب الحنبلي (٥١٩) .

٦٢٢ - ٦٤٠

الخاتمة

بعض أوصاف الشريعة ، هجر الشريعة ، أمل ورجاء ، نتائج أبحاث الرسالة .

٦٤١ - ٦٧٤

مراجع الرسالة

٦٧٥ - ٧٠٣

فهرست

